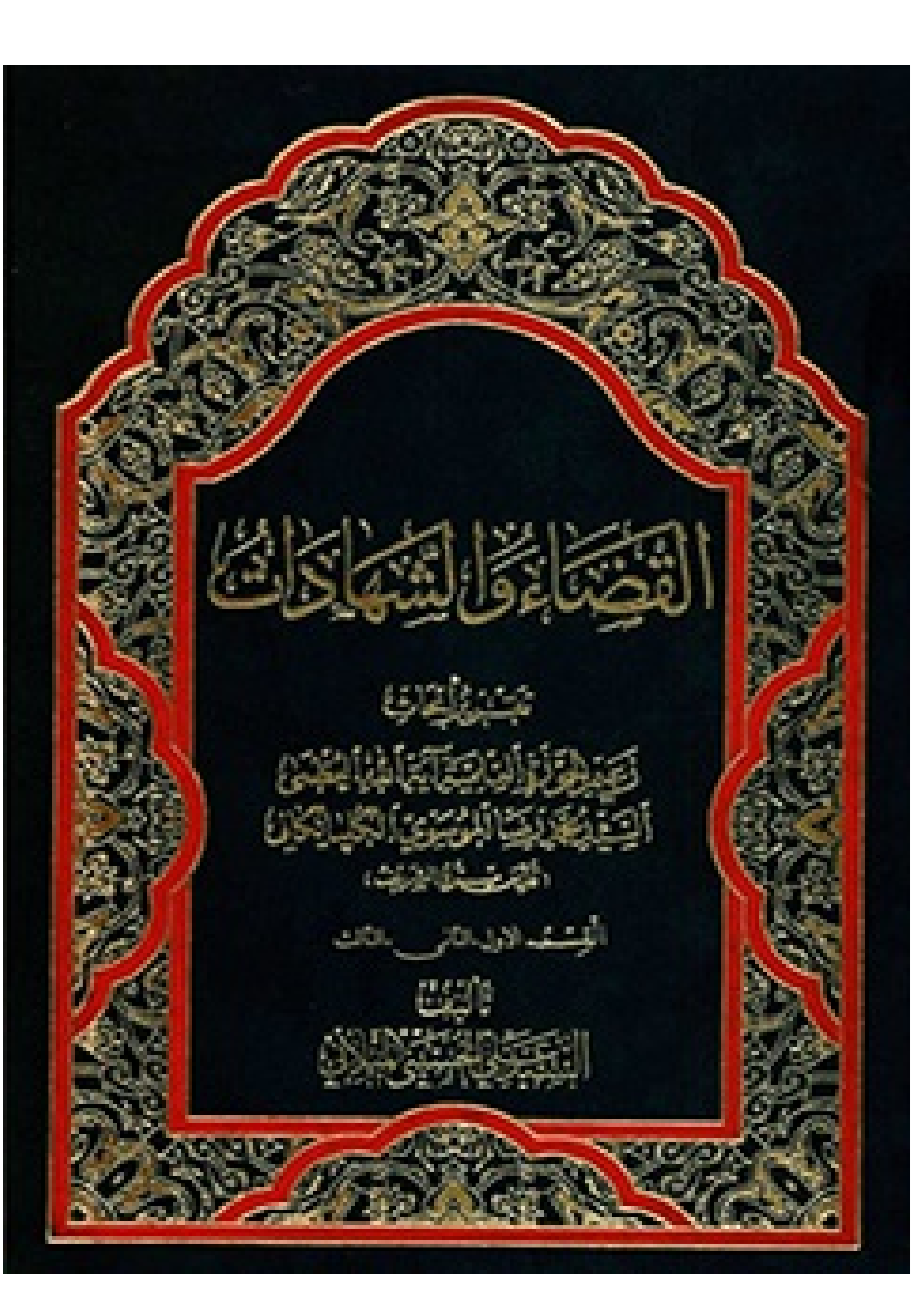

القضاء والشهادات


بسم الله الرحمن الرحیم

القضاء و الشهادات

كاتب:

آیت الله علی حسینی میلانی

نشرت فی الطباعة:

الحقایق

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحریات الكمبیوتریة

الفهرس

القضاء والشهادات

اشاره

سرشناسه:موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا

عنوان و نام پدیدآور:القضاء والشهادات تقریر ابحاث زعیم الحوزهالعلمیه آیهالله العظمی السید محمدرضا الموسوی الگلپایگانی (قدس سره الشریف)/ تالیف علی الحسینی المیلانی.

مشخصات نشر:قم: مرکزالحقائق الاسلامیه، ۱۴۳۲ ق.-= ۱۳۹۰-

مشخصات ظاهری:ج.: نمونه.

شابک:دوره ۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۳-۳ : ؛ ج. ۱ ۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۸-۸ : ؛ ج. ۲ ۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۹-۵ : ؛ ج. ۳ ۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۶-۴ :

یادداشت:عربی.

یادداشت:کتابنامه.

موضوع:قضاوت (فقه)

موضوع:گواهی و گواهان (فقه)

شناسه افزوده:حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

شناسه افزوده:مرکز الحقائق الاسلامیه

رده بندی کنگره:BP۱۹۵/م۸۴ق۶ ۱۳۹۰

رده بندی دیویی:۲۹۷/۳۷۵

شماره کتابشناسی ملی:۲۳۷۶۵۵۵

ص :۱

المجلد ۱

اشاره

تقريظ آيه الله العظمى السيد گلپايگانى

الحمـد للّه الذى علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، وأفضل صـلواته وأزكى تحياته على أشـرف أنبيائه وخاتم رسـله وخير خلقه محمد سـيد العرب والعجم، وعلى آله وأصحابه البرره أولى الفضل والكرم. وعلى أعدائهم اللعن المؤبد الأتم، إلى أن يحيى اللّه العظام بعد الرمم وبعد، فان العلم نور يقذفه اللّه فى قلب من يشاء ومن أتى العلم فقد أوتى خيراً كثيراً. وقد فضل اللّه مداد العلماء على دماء الشهداء، وجعلهم ورثه الأنبياء.

ثم ولدنا العلامه الحجه السيّد على الميلانى ايّده اللّه تعالى قد صرف عمره الشريف وزهره شبابه فى طلب العلم وكسب الفضيله وكتب محاضـراتنا وابحاثنـا فى الفقه من (كتـاب القضـاء) وعرض علينـا مـا كتب، فاطلعنـا عليه ووجـدناه جامعـاً للمسائل، حاوياً للمطالب، محتوياً على النكات والدقايق، وافياً بالمراد.

وقـد اسـتجازنا فى طبعه ونشـره، فاجزنا له ذلك، سائلين المولى جلّ شأنه ان يوفّقه لمراضـيه، ويكثر فى العلماء والمجدّين امثاله، فللّه تعالى درّه، وعليه سبحانه اجره. والسلام عليه وعلى سائر العلماء العاملين ورحمه اللّه وبركاته.

قم المقدسه فى ۲۸ شهر رمضان المبارك ۱۴۰۱ ه

محمد رضا الموسوى الگلپايگانى



كلمه المؤلّف

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد للّه ربّ العالمين، والصلاه والسلام على محمّد وآله الطاهرين، ولعنه اللّه على أعدائهم أجمعين.

وبعد:

فهذه أبحاث (القضاء والشهادات) كما استفدتها من إفادات سيّدنا الاستاذ الكبير، زعيم الحوزه العلميه فی عصره وسید الطائفه فی أوانه، آیه اللّه العظمی، السیّد محمّد رضا الموسوی الگلپایگانی، قدّس اللّه سرّه، اُقدّمها فی طبعهٍ جدیدهٍ محقّقهٍ، تخلیداً لذکره وخدمهً للعلم وأهله، راجیاً من اللّه أنْ ینفع به، وهو ولیّ التوفیق.

الحوزه العلمیّه - علی الحسینی المیلانی

۲۵ ذو الحجه ۱۴۲۵

كلمه المؤلّف فى الطبعه الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد للّه رب العالمين، والصلاه والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين، لا سيما خليفه اللّه فى الأرضين، الإمام الثانى عشر الحجه ابن الحسن العسكرى أرواحنا فداه، ولعنه اللّه على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين.

أللهم إنا نرغب إليك فى دوله كريمه تعزّ بها الإسلام وأهله وتذلّ بها النفاق وأهله، وتجعلنا فيها من الدعاه إلى طاعتك والقاده إلى سبيلك، وترزقنا بها كرامه الدنيا والآخره.

وبعد:

فإن لكلّ موجود من الموجودات التى يشاهدها الإنسان نظاماً دقيقاً متقناً يسير عليه ولا يحيد عنه، وذلك «صُنْعَ اَللّٰهِ اَلَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ» (١)، كما يشاهد الإنسان كذلك نظاماً كليّاً محكماً وسنناً إلهيه ثابته تخضع لها الكائنات بأسرها، وتلك سنّه اللّه «وَ لَنْ تَجِدَ لِسُنَّهِ اَللّٰهِ تَبْدِيلاً» (٢).

١- ١) سوره النمل ٢٧: ٨٨.

٢- ٢) سوره الأحزاب ٣٣: ٦٢.

ولم يكن الإنسان الذى خلقه اللّه تعالى وكرّمه وفضّله على كثير ممن خلق - كما قال عزّ من قائل: «وَ لَقَدْ كَرَّمْنٰا بَنِي آدَمَ وَ حَمَلْنٰاهُمْ فِي اَلْبَرِّ وَ اَلْبَحْرِ وَ رَزَقْنٰاهُمْ مِنَ اَلطَّيِّبٰاتِ وَ فَضَّلْنٰاهُمْ عَلىٰ كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنٰا تَفْضِيلاً» (١)- بدعاً من سائر الموجودات من هذه الناحيه، بل إن الإنسان أحق وأولى منها فى أن يكون له نظام، لأن الموجودات الاخرى قد خلقت لأجله، وسخّرت له، وجعلت تحت سلطنته، لتعينه على السير فى الصراط المستقيم المرسوم له، حتى يصل إلى الغايه المنشوده التى لأجلها خلق.

فكان لابدّ للإنسان أيضاً من نظام يحدّد له تصرّفاته فى مختلف شئونه الخاصّه منها والعامّه، ويتناسب مع شتّى حالاته، وذلك النظام هو الذى يعبّر عنه ب (الدين) ، ويعرف بأنه (ما شرع اللّه لعباده على لسان رسله) ، حتى بعث سيدنا ومولانا محمد المصطفى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم، وكان ما جاء به هو النظام الأتم والقانون الأدق، ومن ثمّ كان خاتم النبيين وكان هذا الدين خاتمه الأديان.

إن الدين الإسلامى هو النظام الوحيد الذى يستجيب لنداء الإنسان ويتلائم مع فطرته التى خلق عليها، وإنه النظام الذى يتكفّل سعاده الإنسان ورقيّه إلى أعلى درجات الكمال، ويأخذ بيده إلى ما فيه خيره فى عاجله وآجله.

لقد اهتمّ الدين الإسلامى بكلّ ناحيه من نواحى الحياه الإنسانيه بالقدر اللّازم من الإهتمام، وعلى هذا الأساس، بذل بالنسبه إلى صيانه حقوق الإنسان وحفظ النظام العام إهتماماً بالغاً، للأهميّه الكبيره لهذه الناحيه من حياه الإنسان، فشرّع لها القوانين الحقوقيه الثابته، وحدّد علاقه الإنسان بالإنسان، وما يجب له

١- ١) سوره الإسراء ١٧: ٧٠.

وعلیه تجاه الآخرین، وصله الفرد بالمجتمع وحدود المسؤولیات الفردیّه والإجتماعیه، إلی غیر ذلک من المسائل المتعلّقه بهذا المجال من مجالات الحیاه.

وقد أشارت الآیه الکریمه: «لَقَدْ أَرْسَلْنا رُسُلَنا بِالْبَیِّناتِ وَ أَنْزَلْنا مَعَهُمُ الْکِتابَ وَ الْمِیزانَ لِیَقُومَ النّاسُ بِالْقِسْطِ وَ أَنْزَلْنَا الْحَدِیدَ فِیهِ بَأْسٌ شَدِیدٌ وَ مَنافِعُ لِلنّاسِ. . .» (1)إلی طریقه الإسلام فی معالجه المشاکل التی تعرض الإنسان والمجتمع فی هذا المقام. وتوضیح ذلک بإیجاز هو:

إن الغرض من خلق الإنسان هو إیصاله عن اختیار إلی الکمال المعنوی والفوز برضی اللّه عز وجل والقرب منه، وذلک لا یتحقق إلّابتنمیه الروح الإنسانیه المودعه فیه، وفطرته السلیمه التی خلق علیها، وتعدیل الغرائز المختلفه الکائنه فیه، فأرسل اللّه سبحانه رسله بالبیّنات وأنزل معهم الکتاب والحکمه والمیزان لتحقیق هذا الغرض، وقال النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « إنما بعثت لأُتمّم مکارم الأخلاق» (2)، فجاء بتعالیم أخلاقیّه سامیه، وعلّم الکتاب والحکمه، ودعا إلی تهذیب النفوس، وأمر بالعدل والإحسان، ونهی عن الفحشاء والمنکر والبغی، وقد نجح - إلی حدّ بعید - فی هذا المجال، فکان فی نفس کلّ إنسان - مسلم متأدّب بآدابه - وازع داخلی یمنعه من الإقتراب من أموال الآخرین، والنیل من أعراضهم والتعدّی علی حقوقهم.

وقد جعل فی الشریعه الإسلامیه - إلی جانب ذلک - الأحکام القضائیه والقوانین الجزائیه، لتکون سدّاً أمام من لم ینتفع بالآیات والحکم، ولم تؤثر فیه

1- 1) سوره الحدید 57: 25.

2- 2) مجمع البیان 5: 333.

المواعظ والآداب، فمال مع غرائزه النفسانيه التی تحمل الإنسان علی أن لا یقتنع بحقوقه، وتـدفعه إلی الظلم والتعدی علی حقوق الآخرین، فجعل (القاضی) لأن یکون مرجعاً للناس لفصل الخصومات وقطع المنازعات، وجعل (الحدید) فیه بأس شدید، تستأصل به جذور الفساد وعناصر البغی فی المجتمع.

ومن وقف علی جزئیات تلک التشریعات فی الفقه الجعفری، عرف مدی الدقّه المبذوله فیها من جهه، ومدی تلائمها مع الفطره الإنسانیه من جهه أخری، ولا عجب، فإنها تشریعات متّخذه من أخبار أهل بیت الوحی والرساله، وهی مستمّده من جدّهم عن اللّه عزّ وجل العالم الخبیر بما یصلح شأن العباد وینظم أمورهم، وذلک قوله تعالی: «أَ لاٰ یَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَ هُوَ اَللَّطِیفُ اَلْخَبِیرُ» (1).

وحینئذ، یسقط عن الإعتبار والإعتماد سائر التشریعات المنسوبه إلی السماء، فکیف بالقوانین الوضعیّه الحدیثه؟ .

فشکر اللّه سعی علمائنا الأبرار الذین نقّحوا هذه المسائل، ورووا أخبارها وجمعوا آثارها، وکتبوا هذه البحوث العلمیه الراقیه، ودرّسوها وخلّدوها إلی یومنا الحاضر.

وعندما انبثقت الثوره فی بلادنا ضد النظام الإمبراطوری، وأطاحت به، وطالبت الاُمه بالعوده بها إلی أحکام الإسلام، وأقیمت المحاکم الشرعیّه، قام سیّدنا الاستاذ الأکبر فقیه الامّه وزعیم الحوزه العلمیه، المرجع الدینی الکبیر، آیه اللّه العظمی الحاج السید محمدرضا الموسوی الگلپایگانی دام ظلّه الوارف،

1- 1) سوره الملک 67: 14.

بتدریس « کتاب القضاء» (۱)لإعداد ثلّه من الفضلاء للتأهّل بتولّی هذا المنصب الخطیر.

والحق إنها بادره منه – دام ظله – جدیره بالتقدیر، فإن القضاه إذا صلحوا وساروا علی النهج الصحیح، وحکموا بالحق وهم یعلمون، وأقاموا العدل، قام المجتمع بالقسط وساده الأمن وانتشر فیه الصلاح، وأما إذا تولّی القضاء من لیس أهلاً له، أو اتّبع هواه عند الحکم، أو جار فیه، انتشر الفوضی واختل النظام وفسدت البلاد والعباد.

هذا، وقد وفّقت لتدوین ما یلقیه سیّدنا الاستاذ فی بحثه الشریف، وعرضته علیه، فلاحظه وأقرّه، فلمّا اکتمل، استأذنته فی نشره – نزولاً عند رغبه بعض الزملاء الأفاضل – فأذن بذلک.

وإنی إذ أقدّم هذا المجهود العلمی – مع تعلیقات علی بعض مواضعه – إلی زملائی الفضلاء وإخوانی العلماء، أسأل اللّه عزّ وجلّ أن یمنّ علینا بدوام وجود سیدنا الاستاذ، وأن یجعل أعمالنا خالصه لوجهه الکریم، إنه سمیع مجیب.

علی الحسینی المیلانی

قم المقدّسه – الحوزه العلمیه

۱۸ رمضان المبارک ۱۴۰۱

ص:۱۳

۱– ۱) وقد کان بحثه سابقاً فی کتاب البیع، وطبع الجزء الأوّل منه بتقریرنا باسم (بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب) .

كتابُ القضاء

اشاره

القضاء فی اللغه والإصطلاح * القضاء فی الشریعه * وجوب القضاء

ص:۱۵

القضاء فی اللّغه والإصطلاح

هو لغه لمعان کثیره ولا حاجه إلی بیانها، فلیراجع کتب اللّغه (۱).

أمـا فی عرف الأصـحاب، فقـد قیـل: هو فصـل الخصومه بین المتخاصـمین وتطبیق الأحکام علی مواردها الجزئیه، بأن یحکم بأن هذه الدار لزید، کما أن الفتوی عباره عن الحکم الکلّی إلآلهی بغض النظر عن تطبیقه.

وقیل: هو الولایه علی تطبیق الحکم الجزئی فی الموارد الجزئیّه (۲).

---

۱ - ۱) کالصـحاح والقـاموس وتاج العروس وغیرها، فمن تلک المعانی: الحکم والصـنع والحتم والبیان والإتمام. . . ولکلّ واحد منهـا شواهـد فی الکتـاب والسّنه وکلمـات العرب، وقـد تکون له معان أخری بحسب اختلاف موارد الإسـتعمال أو أداه التعـدیه الوارده فی الکلام. والظاهر - کما عن بعض اللغویین - أن تلک المعانی کلّها ترجع إلی معنی واحـد وهو انقطاع الشـیء، بمعنی تحتّمه وتمامه. الصحاح ۶: ۲۴۶۳، القاموس ۴: ۴۳۱، تاج العروس ۱: ۳۹۶.

۲ - ۲) وفی المسالـک (۱۳: ۳۲۵) : « عرّفوه شـرعاً بأنه: ولایه الحکم شـرعاً لمن له أهلیّه الفتوی بجزئیات القوانین الشـرعیه علی أشـخاص معینه من البریّه بإثبات الحقوق واستیفائها للمستحق» . وفی المستند (۱۷: ۷) : « ولایه حکم خاص أو حکم خاص فی واقعه مخصوصه وعلی شـخص مخصوص، بإثبات ما یوجب عقوبه دنیویه شرعاً أو حق من حقوق الناس بعد التنازع فیه أو بنفی واحد منهما» . وفی الکفایه (۲: ۶۶۰) : « ولایه عامه بالنیابه عن النبی والإمام خصوصاً أو عموماً» . وفی الدروس: « ولایه شـرعیه علی الحکم والمصالح العامه من قبل الإمام علیه السـلام» . وهذه التعاریف مشـتمله علی (الولایه) مع أن القضاء لیس ولایه، کما أن القضاء لیس فصل الخصومه. . . إذ قد یتحقق ذلک بالصلح ونحوه. ومما ذکرنا یظهر أن الأولی هو ما ذکره السید الاستاذ دام ظلّه من أنه نفس الحکم. أی عنـد التنـازع والخصومه لغرض رفعهـا، سواء کـان فی إثبات حق أو نفیه لأشـخاص معیتّین فی نزاع خاص أو فی المصالح العامه للمسلمین، کالحکم بالهلال ونحوه.

أقول: والظاهر أن القضاء هو « الحکم» ، وهو أحد معانیه المذکوره فی اللّغه، وهو الأنسب بموارد استعماله، قال تعالی: «وَ قَضىٰ رَبُّکَ أَلاّ تَعْبُدُوا إِلاّ إِیّاهُ. . .» (۱).

إلا أن هذا الحکم الذی یجب إطاعته وتنفیذه، لابدّ أن یکون ممن نصب لذلک من قبل اللّه تعالی، قال عز وجل: «یا دٰاوُدُ إِنّٰا جَعَلْنٰاکَ خَلِیفَةً فِی اَلْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّٰاسِ» (۲).

أو من قبل النبی صلّی اللّه علیه وآله، أو الإمام علیه السلام، إما خصوصاً أو عموماً کما فی روایه أبی خدیجه: « ولکن انظروا إلی رجلٍ. . .» (۳).

وهو حکم مطابق للحکم الإلهی، فلیس فصل الخصومه من القاضی بفتوی الفقیه أو الفقهاء، بل إنه حکم یصدره، ومن آثاره وخواصّه وجوب تنفیذه علی الکلّ حتی الفقهاء، - وهذه حیثیه أخری للتفریق بین المفتی والحاکم (۴)- إلّاإذا قطع

ص:۱۸

۱- ۱) سوره الإسراء ۱۷: ۲۳، بل (الحکم) أوّل المعانی المذکوره للقضاء فی القاموس والصحاح، فیکون المراد من (القضاء) نفس الحکم الصادر من القاضی من باب الولایه، فإنه الذی یقطع النزاع ویتم الأمر ویحتمه إن کان صدوره بالشرائط المعتبره شرعاً، ومن هنا یعبّر عن القاضی بالحاکم، ویؤمر بالتحاکم إلیه.

۲- ۲) سوره ص ۳۸: ۲۶.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳/۵، أبواب صفات القاضی، الباب ۱.

۴- ۴) إن « القاضی» یغایر « المفتی» و « المجتهد» و « الفقیه» بالحیثیه وإن کانت الأوصاف هذه کلّها مجتمعه -بناءاً علی اعتبار الإجتهاد - فیه، لأن القاضی یسمّی قاضیاً وحاکماً باعتبار إلزامه بالحکم الذی یصدره، وأما إذا کان ما یصدره مجرداً عن هذا الإعتبار فإنه یسمّی مفتیاً، لأنه حینئذ یخبر عن الحکم فقط، وهو باعتبار مجرد الإستدلال علی الأحکام یسمّی مجتهداً، وباعتبار علمه بتعیّن ما توصّل إلیه ظنّه حکماً شرعیاً فی حقه وحق مقلّدیه یسمّی فقیهاً.

أحدهم بعدم تماميّه بعض مقدمات حكم من الأحكام، أو لم يقل بولايه الفقيه (۱).

وبالجمله، فالمراد من الحكم هنا هو ما يصدره القاضي بعنوان الولايه والسلطنه الشرعيه (۲)، لا بعنوان الإخبار عن فتوى أو اجتهاد لنفسه أو غيره.

ولهذا الحكم آثار شرعيه، كعدم جواز نقضه حتى من مجتهد آخر، وعدم ضمان القاضي - مع عدم تقصيره في مقدمات الحكم - إلى غير ذلك.

القضاء في الشريعه:

ثم إن القضاء أمر ثابت في الشريعه لا يمكن المناقشه فيه، وتدلّ عليه الآيات (۳). والروايات البالغه حدّ التواتر عندنا (۴).

فإنها تدلّ على ثبوت أصل القضاء في الشريعه الغرّاء، من قبل اللّه عزّ وجل بين الناس.

والعقل أيضاً يحكم بوجوبه، فكما أن قاعده اللّطف تقضي بوجود أحكام بين الناس من قبل اللّه عزّ وجل، كذلك تقضي بوجود ولي يقضي بينهم في موارد

۱- ۱) أو كان حكمه مخالفاً لدليل قطعي من الأدله الشرعيه.

۲- ۲) المجعوله له من قبل المعصوم عليه السلام خصوصاً أو عموماً.

۳- ۳) كقوله تعالى: «فَلاٰ وَ رَبِّكَ لاٰ يُؤْمِنُونَ حَتّٰى يُحَكِّمُوكَ» (سوره النساء: ۶۵) وقوله: «إِنّٰا أَنْزَلْنٰا إِلَيْكَ اَلْكِتٰابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ اَلنّٰاسِ» (سوره النساء: ۱۰۵) وقوله: «. . . فَإِنْ تَنٰازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اَللّٰهِ وَ اَلرَّسُولِ. . .» (سوره النساء: ۵۹) وقوله: «وَ مٰا كٰانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لاٰ مُؤْمِنَهٍ إِذٰا قَضَى اَللّٰهُ وَ رَسُولُهُ أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ اَلْخِيَرَهُ. . .» (سوره الاحزاب: ۳۶) وغيرها من آيات الكتاب.

۴- ۴) وسيأتي ذكر نصوص بعضها لدى التعليق على قول المحقق «. . . ينفذ قضاء الفقيه. . .» الشرائع ۴: ۶۸.

الإختلاف، حسماً للنزاع ودفعاً للخصومه، وأنه لا يجوز على اللّه سبحانه أن يترك الناس سدىً من غير وليّ يرجعون إليه عند الخصومه والنزاع ليرفعها، ويأخذ للمظلوم حقّه من الظالم.

بل إن القضاء أمر ضروری من ضروريات الدين، ولذا نرى المحقق قدّس سرّه فی (الشرائع) لا يتعرّض لهذه الناحيه، لأنه أمر مسلّم مفروغ عنه.

و جوب القضاء:

هذا، ولا يجوز التصدّی للقضاء لمن لم يكن واجداً للشرائط المعتبره الآتيه (۱). وأما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب: فإنه واجب كفائی، لأن الغرض حفظ النظام به كسائر الواجبات الكفائيّه المتوقّف عليها حفظ نظام المجتمع الإسلامی، وقد يجب عيناً فی صوره عدم تصدّی أحدٍ له، ومتی لم يتوفّر الواجد للشرائط أو وجد ولم يتصدّ له فهل يجب تحصيلها أو حمل الغير علی ذلك؟ الظاهر ذلك، لتوقّف حفظ النظام عليه أولاً (۲)، ولأنه لو لم يكن ذلك لتصدّاه غير أهله، وهو ينافی الإراده التشريعيه للّه عزّ وجل ثانياً.

وهذا الواجب كفائی كما تقدّم، ومع عدم قيام أحد به فالكلّ معاقبون.

ص:۲۰

---

۱ - ۱) بل إن الواجد لها على خطر عظيم، فعن النبی صلّی اللّه عليه وآله وسلّم: « من جعل قاضياً فقد ذبح بغيرسكّين» وعنه أيضاً: « لسان القاضی بين جمرتين من نار حتی يقضی بين الناس فإما فی الجنه وإما فی النار» وفی الخبر: « من حكم فی درهمين فأخطأ كفر» وفی آخر: « القضاه أربعه ثلاثه فی النار وواحد فی الجنه» وفی آخر: « أیّ قاض قضی بين اثنين فأخطأ سقط أبعد من السماء» . بل فی بعض الأخبار: إن القاضی إذا حكم بالحق وهو لا يعلم فهو فی النار، انظر: وسائل الشيعه ۲۷: ۱۹/۸ و ۲۱۴/۳ و ۳۲/۵ و ۲۲/۶ و ۳۲/۴، ۲۲/۶.

۲ - ۲) أی ولو فی الجمله، لأن حفظ النظام يتّحقق به وبأمور أخری، كالأمر بالمعروف والنهی عن المنكر، وحلّ المنازعات بالصلح ونحو ذلك.

صفات القاضی

اشاره

البلوغ * العقل * الایمان * العداله * طهاره المولد العلم * الضبط * الکتابه * الذکوره * السمع والبصر والنطق * الحریه.

ص:۲۱

مقتضى الاصل

اشاره

الأصل: عدم نفوذ حكم أحد فى حق أحد، لكن قام الدليل - نقلاً وعقلاً - على نفوذ حكم أشخاص. . . فالنبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم لا ريب فى نفوذ حكمه، لأنه خليفه اللّه فى الأرض وصاحب الولايه الكبرى المقتضيه لنفوذ حكمه. . . وقد قال عزّ وجلّ «فَلاٰ وَ رَبِّكَ لاٰ يُؤْمِنُونَ حَتّٰى يُحَكِّمُوكَ فِيمٰا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاٰ يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمّٰا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيماً» (١)، كما لا ريب فى ولايه الأئمه المعصومين من أهل بيته وعترته ونفوذ حكمهم، للأدله المعتبره الداله على ذلك كتاباً وسنّه، ومن ذلك قوله تعالى «يٰا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اَللّٰهَ وَ أَطِيعُوا اَلرَّسُولَ وَ أُولِي اَلْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنٰازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اَللّٰهِ وَ اَلرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّٰهِ وَ اَلْيَوْمِ اَلْآخِرِ» (٢)(٣).

ولا ريب فى أنه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم قد تصدّى لذلك وكان ينصب أو يرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات وقطع المشاجرات. . . وكذلك فعل مولانا أمير المؤمنين عليه الصلاه والسلام. . . وهذا يدلّ على أنه يمكن إعطاء هذا المنصب لبعض الأشخاص وتوليتهم القضاء (۴)، فمن يصح نصبه لهذا الأمر؟ ومن الذى ينفذ

١- ١) سوره النساء ۴: ۶۵.

٢- ٢) سوره النساء: ۵۹.

٣- ٣) فالمراد من « أولى الأمر» فيها - كما فى الأخبار المعتبره - هم الأئمه المعصومون من أهل بيت الوحى والرساله دون غيرهم.

۴- ۴) فالحاصل: إن الحكم فى الأصل للّه عزّ وجلّ كما قال: «إِنِ اَلْحُكْمُ إِلاّٰ لِلّٰهِ» ثم إنه جعله لأشخاص معينين ونصبهم له، وهم الأنبياء والأوصياء، وقد أمر الناس بالرجوع إلى هؤلاء فيما شجر بينهم ورضى بحكم هؤلاء، أما غيرهم فقد نهى عن الرجوع إليهم، قال سبحانه: «يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحٰاكَمُوا إِلَى اَلطّٰاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» (سوره النساء ۴: ۶٠) . ومن هنا قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: « قد جلست مجلساً لا يجلسه إلاّ نبى أو وصى أو شقى» وسائل الشيعه ٢٧: ١٧/٢. ابواب صفات القاضى، الباب ٣. ثم إن هذا المنصب الجسيم قد أذن للتصدى له من قبل الأئمه عليهم السلام لمن توفّرت فيه الصفات المذكوره فى أدله الإذن، ومن هنا نشرع فى بيان تلك الصفات على ضوء تلك الأدلّه.

حكمه وإن لم يكن منصوباً بالخصوص؟ وما هی صفاته؟

۱ – البلوغ

قال المحقق قدّس سرّه: « ویشترط فیه البلوغ» (۱).

أقول: لا ریب ولا خلاف فی اشتراط البلوغ فی القاضی، فلا ینعقد القضاء لغیر البالغ (۲)، لأنه قاصر محتاج إلی الولی، ولا تنفذ أعماله فی حق نفسه ولا ولایه له علیها، فکیف یکون ولیّاً علی غیره؟

۲ – العقل

قال: « وکمال العقل» (۳).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۷.

۲- ۲) أی حتی المراهق الجامع للشرائط – عدا البلوغ – ویدل علیه الإجماع المصرّح به فی کلمات جماعه من الأصحاب، وهو العمده بعد معتبره أبی خدیجه: « أنظروا إلی رجل. . .» . وأما کونه قاصراً محتاجاً إلی الولی فی تصرّفاته فقاصر عن الدلاله علی المنع، إذ یمکن لهذا الشخص المفروض جامعیّته للشرائط عدا البلوغ أن یتصدّی للحکم بإذن ولیّه. ثم إن الأدله الاخری الظاهره فی العموم تخصّص بالمعتبره المذکوره، ومثلها الاخری: « إجعلوا بینکم رجلاً. . .» .

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۶۷.

أقول: لا ريب ولا خلاف فی اشتراطه واعتباره فی القاضی کذلک، ولا حاجه إلی الإستدلال علیه (1).

٣ - الإیمان

قال: « والإیمان» (2).

أقول: قد یراد به الإیمان المقابل للکفر، فلا ینعقد القضاء لکافر، قال اللّه تعالی: «أَ لَمْ تَرَ إِلَی اَلَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمٰا أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ مٰا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحٰاکَمُوا إِلَی اَلطّٰاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ» (3)وقال صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « الإسلام یعلو ولا یعلی علیه» (4).

وقد یراد به الإیمان بالمعنی الأخص، وهو کونه إمامیاً اثنی عشریاً. . قال فی (الجواهر) (5): هو من ضروریّات مذهبنا، ویدلّ علی اشتراطه النصوص الکثیره البالغه حدّ الإستفاضه بل التواتر، الناهیه عن الترافع إلی قضاه الجور وحکّام المخالفین - إلاّ عند التقیه - والمقتضیه عدم جواز التصرّف فی ما حکم به قاضی الجور وإن کان حقّاً (6).

١- ١) بالإجماع والإعتبار، لوضوح الأمر، وإن أدلّه الإذن فی الحکم منصرفه عن المجنون قطعاً، وإطلاق معقد الإجماع یعمّ من کان جنونه دوریاً، وأما تعلیل بعضهم بمثل ما ذکر فی المتن فی البلوغ، فغیر تام کذلک، والعمده الإجماع.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ۶٧.

٣- ٣) سوره النساء: ۶٠.

۴- ۴) وسائل الشیعه ١٧: ٣٧۶.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴٠: ١٣.

۶- ۶) وتجد طائفه من هذه النصوص فی الباب الأوّل من أبواب صفات القاضی من وسائل الشیعه، وأوّل تلک النصوص ما رواه عن عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « أیّما مؤمن قدّم مؤمناً فی خصومه إلی قاض أو سلطان جائر فقضی علیه بغیر حکم اللّه، فقد شرکه فی الإثم» . وإلی اشتراطه یشیر الإمام علیه السلام فی معتبره أبی خدیجه بقوله « رجل منکم» .

۴ – العداله

قال: « والعداله» (۱).

قال بعض علمائنا المعاصرين: هذا الشرط يغنى عن اشتراط « الإيمان» .

ويمكن الإستدلال لاشتراط العداله بقوله سبحانه: «لاٰ يَنٰالُ عَهْدِي اَلظّٰالِمِينَ» (۲)، لأن الولايه على القضاء ونفوذ الحكم، عهد من اللّه تعالى، والفاسق ظالم فلا يناله عهده (۳).

ويدلّ عليه النصوص الكثيره (۴).

۵ – طهاره المولد

قال: « وطهاره المولد» .

ص:۲۶

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۷.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۱۲۴.

۳- ۳) ولأنه منع من الركون إلى الظالم فى قوله عزّ وجل «وَ لاٰ تَرْكَنُوا إِلَى اَلَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ اَلنّٰارُ» ، والفاسق ظالم لنفسه والتحاكم إليه والإستناد إلى حكمه ركون عرفاً، وإن تنظّر بعض أعلام العصر فى الاستدلال بالآيه الكريمه فى هذا المقام.

۴- ۴) كخبر سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « اتقوا الحكومه، فإن الحكومه إنما هى للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى [كنبى] أو وصى نبى» وسائل الشيعه ۲۷: ۱۷/۳. أبواب صفات القاضى، الباب ۳. ويدلّ عليه ما دلّ على اعتبار الإيمان. ولأن الفاسق قاصر عن مرتبه الولايه على الصبى فكيف بهذه المرتبه الجليله. ولأن شهادته مردوده فالقضاء أولى.

أقول: لا دليل يدل عليه بالخصوص. قال في (الجواهر) : « هو واضح بناءاً على كفره (۱)، أمّا على غيره، فالعمده الإجماع المحكي، وفحوى ما دلّ على المنع من إمامته وشهادته إن كان وقلنا به. . .» (۲)ولكن لا يحضرني الآن دليل لهذا الفحوى بحيث يستدل به ويعتمد عليه لذلك، أللهم إلّا بتنقيح المناط أو إثبات الأولويّه، والإنصاف: إن كلّ ذلك مشكل، فالعمده الإجماع المحكي عن جماعه (۳).

۶ – العلم

اشاره

قال: « والعلم» .

أقول: لا ريب في عدم نفوذ حكم الجاهل بالأحكام الشرعيّه وأنه يشترط كون القاضي عالماً، فعن أبي عبد اللّه عليه السلام قال: « القضاه أربعه ثلاثه في النار وواحد في الجنه: رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنه» (۴).

فهل المراد من العلم (۵)في هذا الخبر ونحوه هو الإجتهاد المطلق أو يعمّ

۱– ۱) كما في بعض الأخبار، وقد حملت على معان أخرى كما هو مذكور في محلّه.

۲– ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۱۳.

۳– ۳) والأصل الأوّلي المذكور سابقاً، وفي مباني تكمله المنهاج: « هذا، مضافاً إلى أن قوله عليه السلام في صحيحه الجمال المتقدمه: ولكن انظروا إلى رجل منكم ط ينصرف إلى غير ولد الزنا جزماً» .

۴– ۴) وسائل الشيعه ۱۸: ۱۱.

۵– ۵) البحث في هذا الشرط في جهات نذكرها باختصار، ونقتصر على الأقوال وبيان الخلاف فيها: الجهه الاولى: إنه لا ريب ولا خلاف في اشتراط العلم في القاضي، فلا ينعقد القضاء للجاهل ولا ينفذ حكمه، ويدل عليه – قبل الإجماع – الكتاب والنصوص المستفيضه بل المتواتره من السنّه الشريفه، وقد عقد في الوسائل « باب عدم جواز القضاء والإفتاء بغير علم بورود الحكم عن المعصومين عليهم السلام» . ومن أخباره ما ذكر في المتن، وما رواه أبو عبيده عن أبي جعفر عليه السلام قال: « من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من اللّه لعنته ملائكه الرحمه وملائكه العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه» وسائل الشيعه ۲۷: ۲۰. والثانيه: قال أكثر الأصحاب بأنه يشترط في هذا العالم أن يكون مستقلاً بأهليّه الفتوى، قال المحقق: « ولا ينعقد لغير العالم المستقل لأهليه الفتوى ولا يكفيه فتوى العلماء، ولابدّ أن يكون عالماً بجميع ما وليه» شرائع الإسلام ۴: ۶۷. وقال العلامه في القواعد: « فلا ينعقد قضاء. . الجاهل بالأحكام ولا غير المستقل بشرائط الفتوى، ولا يكتفي بفتوى العلماء، ويجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه» قواعد الأحكام ۳: ۴۲۱. وفي المسالك ۱۳: ۳۲۸: « والمراد بالعالم هنا المجتهد في الأحكام الشرعيّه، وعلى اشتراط ذلك في

القاضى إجماع علمائنا، ولا فرق بين حاله الإختيار والإضطرار، ولا فرق فيمن نقص عن مرتبته بين المطّلع على فتوى الفقهاء وغيره، والمراد بكونه عالماً بجميع ما وليه كونه مجتهداً مطلقاً، فلا يكفى اجتهاده فى بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزى الإجتهاد» . وصريح كلام المسالك دعوى الإجماع على اشتراط الإجتهاد المطلق، وقد حكى الإجماع على اشتراط الإجتهاد عن جماعه، وبه صرّح فى الرياض، ومن قبلهم الشيخ قدّس سرّه وستأتى عبارته فى المتن. ومن هنا يظهر أن ما ذكره الشيخ فى المبسوط بقوله: « وفى الناس من أجاز أن يكون القاضى عامياً ويستفتى العلماء ويقضى به» المبسوط ٨: ١٠١ ليس قولاً لأحد من قدماء أصحابنا. نعم، عن المحقق الأردبيلى (مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١٨) نفى الشك عن عدم نفوذ قضاء غير المجتهد مع وجود المجتهد، واستشكل المحقق القمى فى (جامع الشتات ٢: ٦٨ - حجرى) الحكم باشتراط الإجتهاد على الإطلاق، ولم يستبعد جواز المرافعه للعالم العادل المطلع على جميع المسائل المتعلقه بالواقعه تقليداً فى حال الإضطرار، وفى الجواهر: « بل قد يقال: إن المستفاد من الكتاب والسنّه صحه الحكم بالحق والعدل والقسط من كلّ مؤمن. . .» . والثالثه: هل يشترط فى المجتهد أن يكون مجتهداً مطلقاً أم يكفى التجزّى؟ فيه أقوال، فالأوّل: ما عرفته من العبارات المزبوره فى الجهه الثانيه من اشتراط كونه مجتهداً مطلقاً، كما قد عرفت دعوى الإجماع عليه فى المسالك. والثانى: جواز المرافعه للمجتهد المتجزى مطلقاً، وإليه ذهب صاحب المستند (١٧: ٣٩) تبعاً لغيره. والثالث: التفصيل بين صوره التمكن من المرافعه عند المجتهد المطلق وصوره فقده، وهو مختار صاحب الكفايه حيث قال: « ولا يبعد القول بالإكتفاء بالتجزى عند فقد المجتهد المطلق» كفايه الأحكام ٢: ٦٦٢.

ص:

المتجزی وعلم المقلّد الذی یحکم بفتوی مقلَّده أو ناصبه أیضاً؟

لقد حکی الإجماع علی لزوم کون القاضـی مجتهداً، والقدر المتیقّن منه هو (المجتهد المطلق) وأما بالنسبه إلی غیره فنقول: تاره یقال: بأن حکم الحاکم موضوع للنفوذ ووجوب الإمتثال، وأخری یقال: بأنه بیان لحکم الإمام علیه السـلام فیکون کناقل الحکم، فبناء علی الثانی: ینفـذ حکمه، سواء کان مقلّـداً أو مجتهداً مطلقاً أو متجزیاً، وعلی الأوّل: یکون لحکمه موضوعیّه، فیتوقّف جواز الرجوع إلی المقلّد والمتجزی ونفوذ حکمهما علی حجه شرعیه، ومع الشک فالأصل عدم النفوذ.

وقد اسـتدلّ لجوازه بروایه أبی خدیجه سالم بن مکرم الجمال: قال أبو عبد اللّٰه جعفر بن محمد الصادق علیه السـلام: « إیّاکم أن یحاکم بعضـکم بعضاً إلی أهل الجور، ولکن انظروا إلی رجل منکم یعلم شـیئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم، فإنی قد جعلته قاضیاً، فتحاکموا إلیه» (۱)، فإن کلّاً من المقلّد والمجتهد المتجزی « یعلم شیئاً. . .» .

وقوله علیه السلام: « فإنی. . .» یکشف عن أن القضاء منصب، ولیس وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر، والروایه تعمّ زمان الغیبه والحضور معاً.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳/۵. أبواب صفات القاضی، الباب ۱.

لكن قال المجلسی قدّس سرّه (۱): هی خاصه بزمان الحضور، ولم یکن القضاه فی ذلک الزمان مجتهدین بل کانوا یروون أحکام الأئمه ویرجعون إلیهم.

وفیه: إن ظاهر قوله علیه السلام: « یعلم شیئاً. . .» اشتراط کونه عالماً، سواء مع الواسطه أو بدونها، فلا اختصاص بزمان الحضور، وسواء علم بالکبریات وعرف تطبیقها علی الموارد الجزئیه باجتهاده أو لم یکن کذلک، خلافاً للعلامه المذکور حیث استظهر منها الدلاله علی اعتبار الإجتهاد. . . والروایه مشتهره بین الأصحاب کما فی (المسالک) ، وهو یجبر ضعف سندها (۲)لو کان، یرویها الشیخ الکلینی قدّس سرّه (۳)عن أحمد بن محمد بن خالد، وطریقه إلیه صحیح، وأحمد ثقه، و « أبو خدیجه» ضعّفه الشیخ (۴)ووثّقه النجاشی (۵)والعلامه فی (المختلف) (۶)وأبو علی فی کتاب (الرجال الکبیر) (۷)ولدی التعارض بین الجرح غیر المفسر والتعدیل، فالتعدیل مقدّم (۸).

۱- ۱) ملاذ الأخیار ۱۰: ۱۳.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۳۵.

۳- ۳) فی الکافی ۷: ۴۱۲/۴ لم یروه عن أحمد بن محمد بن خالد.

۴- ۴) الفهرست ۱۴۱: ۳۳۷.

۵- ۵) رجال النجاشی ۱۸۸: ۵۰۱.

۶- ۶) یذکر العلامه فی المختلف ۳: ۲۱۲، فیه قول.

۷- ۷) منهج المقال: ۱۵۷.

۸- ۸) ما ذکره السید الاستاذ دام ظله الشریف هو أحد الأقوال فی المسأله، وقد ذکر جدّنا العلامه المامقانی قدّس سرّه فیها سبعه أقوال فی مقباس الهدایه فی علم الدرایه ۲: ۱۱۱ - ۱۱۷. فلیراجع. أقول: بل ینبغی أن لا یرتاب فی وثاقه الرجل، لأن المنقول عن الشیخ قدّس سرّه توثیقه فی موضع آخر، فإذن، یتعارض قولاه ویتساقطان، ویبقی توثیق النجاشی قدّس سرّه بلا معارض. هذا، مضافاً إلی ما ذکره علماء الرجال فی محلّه من أن للشیخ اشتباهات، والنجاشی لم یشاهد له اشتباه، وقد کرّر توثیقه.

إلا أن مقتضی قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء: « وأما الحوادث الواقعه، فارجعوا فیها إلی رواه حدیثنا، فإنهم حجتی علیکم وأنا حجه اللّه» (۱)ومقبوله عمر بن حنظله: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجلین من أصحابنا بینهما منازعه فی دین أو میراث فتحاکما إلی السلطان وإلی القضاه أیحلّ ذلک؟ قال: من تحاکم إلیهم فی حق أو باطل، فإنما تحاکم إلی الطاغوت، وما یحکم له فإنما یأخذ سحتاً وإن کان حقاً ثابتاً له، لأنه أخذه بحکم الطاغوت وما أمر اللّه أن یکفر به، قال اللّه تعالی: «یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحاکَمُوا إِلَی اَلطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ» (۲).

قلت: فکیف یصنعان؟ قال: ینظران من کان منکم، ممن قد روی حدیثنا ونظر فی حلالنا و حرامنا وعرف أحکامنا، فلیرضوا به حکماً، فإنی قد جعلته علیکم حاکماً، فإذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فإنما استخفّ بحکم اللّه، وعلینا ردّ، والرادّ علینا کالرادّ علی اللّه، وهو علی حدّ الشرک باللّه» (۳)لزوم کون القاضی مجتهداً.

وهذه الروایه أیضاً مشتهره بین الأصحاب کما فی (المسالک) (۴)کذلک، ویکفی لاعتبارها اشتهارها بالمقبوله بینهم، بل لا یوجد فی سندها من توقف فی توثیقه إلّا « داود بن الحصین» قال الشیخ: واقفی (۵)، لکن وثّقه النجاشی (۶)، فهی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸: ۱۰۱.

۲- ۲) سوره النساء ۴:۶۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳۶/۱. أبواب صفات القاضی، الباب ۱۱.

۴- ۴) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۳۵.

۵- ۵) رجال الشیخ ۳۳۶: ۵۰۰۷.

۶- ۶) رجال النجاشی ۱۵۹: ۴۲۱.

موثقه معتبره (۱). أقول: ويمكن الجمع بين روايتی أبی خديجه وعمر بن حنظله بأن يقال: بأنه لا تنافی بين منطوقيهما، وإنما التنافی بين مفهوم روايه ابن حنظله ومنطوق روايه أبی

---

۱ - ۱) هی فی الوسائل: « محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيی عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسی عن صفوان بن يحيی عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظله. . .» قال: « ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يحيی عن محمد بن الحسن بن شمون عن محمد بن عيسی. وبإسناده عن محمد بن علی بن محبوب عن محمد ابن عيسی نحوه» فطرقها تنتهی إلی « داود بن الحصين» وقد وثقه النجاشی، واستظهر فی تنقيح المقال (تنقيح المقال ۱: ۴۰۸) من عبارته كونه إمامياً اثنی عشرياً، لأن من عاده النجاشی التعرض لمذهب من كان غير اثنی عشری، فيعارض قوله قول الشيخ بأنه واقفی فيتقدم عليه، لأنه أضبط من الشيخ فی علم الرجال. هذا من ناحيه داود بن الحصين. وإنما ضعّف الروايه من ضعّفها من جهه « عمر بن حنظله» نفسه، لأن أصحاب الرجال لم ينصوا فيه بجرح ولا تعديل، لكن عن الشهيد الثانی أنه قال: « لكن أمره عندی سهل، لأنی حقّقت توثيقه من محل آخر وإن كانوا قد أهملوه» (الرعايه: ۱۳۱) وقد أشار بذلك إلی ما روی فی الكافی فی باب وقت الصّلاه عن علی بن إبراهيم عن محمد بن عيسی عن يونس عن يزيد ابن خليفه قال قلت لأبی عبد اللّه عليه السلام: إن عمر بن حنظله أتانا عنك بوقت. فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: إذا لا يكذب علينا» ، لكن أشكل فی سندها بأن راويها « يزيد بن خليفه» ولم تثبت وثاقته، وأجاب فی تنقيح المقال - مع تصريحه بعدم ثبوت وثاقته فی ترجمته - بتلقی الأصحاب لها بالقبول فی بابها حيث لم يردها أحد منهم، فتدبر. وقد ذكر روايه أخری فی توثيق عمر بن حنظله، وهی فی التهذيب فی باب العمل فی ليله الجمعه ويومها، عن الحسين بن سعيد عن فضاله عن أبان عن إسماعيل الجعفی عن عمر بن حنظله قال قلت لأبی عبد اللّه عليه السلام: القنوت يوم الجمعه. فقال: أنت رسولی إليهم فی هذا إذا صلّيتم. الحديث (تهذيب الأحكام ۳: ۱۶/۵۷) قلت: لكن الراوی لها هو ابن حنظله نفسه. وكيف كان، فإن وثاقه الرجل محلّ تأمل، فالعمده فی اعتبار روايته هذه بالخصوص أمران: أحدهما: ما ذكر فی المتن من تلقی الأصحاب إيّاها بالقبول حتی اشتهرت بالمقبوله، بناء علی اعتبار ما كان بهذه المثابه من الأخبار. والثانی: كون صفوان بن يحيی فی سندها قبل داود بن الحصين، وهو ممن نقل إجماع العصابه علی تصحيح ما يصح عنه، بناء علی تماميه الكبری فی محلّها.

خـديجه، فإن مفهوم تلك: من لم يرو حـديثنا ولـم ينظر فی حلالنا و حرامنا فغير مجعول للقضاء، ومنطوق هذه: «. . . يعلم شـيئاً. . .» ، لكن التنافی هو بالإطلاق والتقييـد، فالمنطوق مقيد والمفهوم مطلق، وحينئذ يتقدم خبر أبی خديجه لأنه منطوق أولاً (١)ولأنه مقيد ثانياً، فتكون النتيجه: «. . . قد روی حديثنا ونظر فی حلالنا وحرامنا» وهو يعلم شيئاً من قضايانا. . . .

وقـد يقـال: إن روايه أبی خـديجه مطلقه كـذلك، لأنهـا تـدلّ علی نفوذ حكم من « يعلم شـيئاً» سواء كـان « راويـاً» و « ناظراً فی الحلال والحرام» أو لا ـ فلا ـ يتم الجمع بينهما بما ذكر، إلا أن يقال: بأن الميزان هو: « العلم» كما فی روايه « القضاه أربعه» وأن « الروايه» و « النظر» ليس لهما موضوعيه، بل اعتبرا كمقدّمه وطريق لحصول « العلم» . وبعباره أخری: التقييد ب « الروايه» و « النظر» محمول علی الغلبه لا ـ الإحتراز، لأنه ظـاهر فی الطريقّيه لا ـ الموضوعيه حتی يكون وصفاً يحترز به عن الظن ليسقط حكم غير المجتهـد عن درجه الإعتبار، ويؤيـد الحمل المـذكور أنه يبعد جدّاً أن لا ينفذ حكم من « عرف الأحكام» ولكن لم يرو شـيئاً من حديثهم، فلو كان التقييد ب « الروايه» احترازيّاً كان المعنی: من لم يرو شـيئاً من أحاديثنا فلا ترجعوا إليه وإن كان عارفاً بأحكامنا وعالماً بشیء من قضايانا.

ويؤيّد ما ذكرنا: أن بعض الرواه كانوا يتعلّمون الحكم من الإمام عليه السـلام فی الواقعه ثم يقضون به، كما فی روايه عبد اللّه بن طلحه عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: « سألته عن رجل دخل علی امرأه. . . .

---

١ - ١) أی بنـاء علی أن المنطـوق أظهر من المفهـوم، وأمـا بنـاء علی عـدم التفـاوت بينهمـا من هـذه الجهه فلا ـ وجه لهـذاالوجه، وتفصيل المطلب فی الاصول.

فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: إقض على هذا كما وصفت لك.

فقال: يضمن مواليه. . .» (۱).

وفى أخرى: « عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: لمّا ولّى أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (۲).

وحينئذ، فمن « يعلم شيئاً. . .» سواء عن اجتهاد أو تقليد مجعول من قبل الإمام عليه السلام حاكماً، ويكون حكمه نافذاً، وحاصل ذلك نفوذ حكم القاضى العالم بالأحكام تقليداً، فضلًا عن المجتهد المتجزّى.

إلاّـ أن يجمع بين الخبرين بنحو آخر فيقال: إنّ المعتبره تشترط: « العلم بشىء من قضاياهم» أى الأحكام وكيفيّه القضاء بين المتخاصمين، والمقبوله تشترط « الروايه» و « النظر فى الحلال والحرام» و « معرفه الأحكام» أى: الإجتهاد، فيكون الشرط المعتبر: الإجتهاد مع العلم بشىء من قضاياهم، جمعاً بين الخبرين بناء على ظهورهما فى المعنيين المذكورين، فلا ينفذ حكم المتجزّى فضلًا عن المقلّد.

هذا كلّه، بناء على ظهور معتبره أبى خديجه فى جعل منصب القضاء لمن « يعلم شيئاً» من قضاياهم عليهم السلام كما هو الصحيح، خلافاً لبعض أعلام المعصر حيث قال: « إن الروايه غير ناظره إلى نصب القاضى ابتداءاً، وذلك لأن قوله عليه السلام: فإنى قد جعلته قاضياً، متفرّع على قوله عليه السلام: فاجعلوه بينكم، وهو القاضى المجعول من قبل المتخاصمين. فالنتيجه: أن المستفاد منها أن

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۹: ۶۲/۲. أبواب القصاص، الباب ۲۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۱۶/۱. أبواب صفات القاضى، الباب ۳.

من جعله المتخاصمان بينهما حكماً هو الذى جعله الإمام عليه السلام قاضياً، فلا دلاله فيها على نصب القاضى ابتداءاً. . .» (۱).

أقول: مـا ذكره يخـالف ظـاهر الروايه، لأـن قوله عليه السـلام « فإنى قـد جعلته. . .» تعليل، أى: لا ترجعوا إلى من ليس منكم، بل ارجعوا إلى من جعلته قاضـياً منكم وهو الـذى ينفذ فيكم حكمه وترضون به، أو أن المعنى: إذا تراضـيتم بحكم رجل منكم فإنى قد جعلت ذلك الرجل قاضياً. فالحاصل: إن جعل الإمام عليه السلام هو علّه نفوذ حكمه وجواز الرجوع إليه.

هـذا، والعجب من صاحب (الجواهر) قـدّس سرّه قوله بعـد اسـتظهار إراده الأعم من المجتهـد من معتبره أبى خديجه: « نعم، قد يقال بتوقف صحّه ذلك على الإذن منهم عليهم السلام. . .» مع أن نفس هذه الروايه دالّه على الإذن.

ثم قال: « ولو سلّم عدم ما يدل على الإذن، فليس فى شيء من النصوص ما يدل على عدم جواز الإذن لهم فى ذلك» .

وفيه: إن مجرّد عـدم وجود نص على عـدم الإـذن لاـ أثر له، وقـد ذكرنـا أن الأصل عـدم نفوذ حكم أحـد فى حق أحـد، فالنفوذ محتاج إلى الدليل، وعدم ما يدل على عدم الإذن ليس بدليل.

قال: « بل عموم ولايتهم تقتضـى ذلك» ولولا كلمه « بل» لارتفع الإشـكال ودلّ الكلام صدراً وذيلاً على أن عموم ولايتهم – مع فرض عدم الدليل على الإذن – دليل، وبه يخرج عن مقتضى الأصل المذكور، لكن ظاهر العباره أن عموم الولايه دليل آخر.

ص:۳۵

۱- ۱) مبانى تكمله المنهاج ۱: ۸.

قال: « بل قد يدّعى أن الموجودين فى زمن النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم ممن أمر بالترافع إليهم قاصرون عن مرتبه الإجتهاد، وإنما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم» .

أقول: وهذا يتمّ بناء على عدم الفرق بين زمن الحضور وزمن الغيبه. نعم، إذا كان المناط تعلّم الحكم - سواء من السماع منهم عليهم السلام أو الإستنباط من الأدلّه أو الأخذ من المجتهد - لم يفرق بين الزمنين.

ثم قال: « ويمكن بناء ذلك بل لعلّه الظاهر على إراده النصب العام. . .» (۱).

أقول: يعنى أن مقتضى « فإنى قد جعلته حاكماً» و « فإنهم حجّتى عليكم» أن للمجتهد أن ينصب العامى، لأن له ما للإمام عليه السلام فيكون للعامى ما للمجتهد. . . قلت: لكن هذا المعنى يستفاد من الخبر الثانى منهما فقط.

هذا ما يتعلق بالمسأله حسب الروايات الوارده فى الباب، وبقى الإجماع:

قال فى (الجواهر) : « وأمّا دعوى الإجماع التى سمعتها فلم أتحققها، بل لعلّ المحقق عندنا خلافها، خصوصاً بعد أن حكى فى التنقيح عن المبسوط فى المسأله أقوالاً ثلاثه. . .» (۲).

أقول: هذه عباره الشيخ فى شرائط القضاء من (المبسوط) :

« لا ينعقد لأحد إلا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم والعداله والكمال. وعند قوم - بدل كونه عالماً - أن يكون من أهل الإجتهاد، ولا يكون عالماً حتى يكون عارفاً بالكتاب والسنّه والإجماع ولسان العرب وعندهم

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۱۹.

القياس. وفى الناس من أجاز أن يكون القاضى عاميّاً. . . والأوّل هو الصحيح (۱)» (۲).

وقـال فى (الخلافـ) : « لاـ يجوز أن يتولىّ القضـاء إلاّ من كان عارفاً بجميع ما ولى، ولا يجوز أن يشـذّ عنه شـىء من ذلك ولا يجوز أن يقلّد غيره ثم يقضى به.

وقال الشافعى: ينبغى أن يكون من أهل الإجتهاد ولا يكون عاميّا ولا يجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه. وقال فى القديم مثل ما قلناه.

وقال أبو حنيفه: يجوز أن يكون جاهلاً بجميع ما وليه إذا كان ثقه ويستفتى الفقهاء ويحكم به. ووافقنا فى العامى أنه لا يجوز أن يفتى.

دليلنا: إجماع الفرقه وأخبارهم، وأيضاً: توليه الولايه لمن لا يحسـنها قبيحه فى العقول، بأدلّه ليس هذا موضع ذكرها بيّناها فى غير موضع، وأيضاً: ما اعتبرناه مجمع على جواز توليته، وليس على ما قالوه دليل. . .» (۳).

فالشيخ – قدّس سرّه – يدعى الإجماع على اشتراط الإجتهاد مرّتين.

فما نسب إليه فى (الجواهر) عن (التنقيح) لا وجه له.

وقد ادّعى هذا الإجماع أيضاً جماعه منهم الشهيد الثانى قدّس سرّه (۴).

نعم، إن مثل هذا الإجماع – حيث يوجد على معقده أخبار – لا يعتمد عليه،

۱– ۱) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۹۹ – ۱۰۱.
۲– ۲) قـد ذكرنا أن هـذا القول ليس لأحـد من أصـحابنا الإماميّه، ويتضـح من عبارته فى الخلاف أن مراده من « وفى الناس من أجاز» هو « أبو حنيفه» ويؤكد ذلك شيوع التعبير عن العامه أو علمائهم ب « الناس» فى الأخبار وكلمات الفقهاء.
۳– ۳) كتاب الخلاف ۶: ۲۰۷ / المسأله ۱.
۴– ۴) مسالك الأفهام ۱۳: ۳۲۸.

إذ يحتمل أن تكون تلك الأخبار هی المدرک له (۱)، فهی المرجع، وقد استظهرنا منها عدم الإشتراط.

هـذا، ولا أقلّ من دلاله الإجماع وغيره على شـهره القول بالإشتراط بين الأصـحاب، وذهاب المشـهور إلی هـذا القول، يـدلّ على وجود قرائن لـديهم تمنع من انعقاد ظهور تلک الأدلّه فی المعنی الذی اسـتظهرناه منها، حتی ادّعوا الإجماع على الإشتراط، وهذا ما يمنعنا من الجزم بما اسـتظهرناه، ويرجـح القول باشتراط کونه مجتهـداً مطلقاً أو فی خصوص مسائل القضاء، على أن التصـدّی للقضاء مع الجهل بالمسائل التی سيبتلی بها والأدلّه التی يحتاج إليها، خلاف ما هو المرتکز فی أذهان المتشرّعه.

وأما الجاهل العامی فلا يجوز له التصدّی قطعاً.

وهنا مسائل:

(الأولی) هل للمجتهد أن ينصب مقلّده للقضاء؟

قد يقال بالعدم، لعدم الدليل، ونصب المعصوم عليه السـلام القاصـر عن درجه الإجتهاد لا يقتضی جوازه للمجتهد، لأن له الولايه العظمی الثابته له من اللّه تعالی (۲).

۱- ۱) ويقويّه قول الشـيخ « دليلنـا إجماع الفرقه وأخبارهم» هـذا مضافاً إلی أنه إجماع منقول، وقـد تقرّر عـدم حجيته، مع أن فی خصوص إجماعات الشيخ بحثاً ذکر فی محلّه.

۲- ۲) وذلـک هو المخرج عن الأصل، لأن موضوع أدله الإذن هو « العالم» و « الراوی للحـديث» ونحو ذلک، والمقلـد العامی لا يصـدق عليه شـیء من هـذه العناوين، ولأن الأصل عدم تأثير نصب المجتهد. فإن قيل: فقد نصب المعصوم عليه السـلام من کان قاصراً عن مرتبه الاجتهاد. قلنا: إن الکلام إنما هو فی زمان الغيبه، وأما إذا نصب الإمام عليه السلام فی زمان حضوره القاضی غير المجتهد فإن فعله عليه السلام حق لأنه معصوم وله الولايه الکبری.

وقد يقال بالجواز، لعموم أدلّه ولايه الفقيه (۱)الداله على أنّ كلّ ما ثبت للإمام عليه السلام فهو ثابت للمجتهد، ومن ذلك نصب القضاه، فله أن ينصب مقلده للقضاء بين الناس حسب فتاواه، أو استناداً إلى ولايته على النصب للقضاء خاصه، أو يقال: بأن المجتهد منصوب للقضاء ولنصب غيره له.

وتحقيق الكلام فی هذه المسأله موكول إلی ما تقرّر فی مبحث ولايه الفقيه.

وكيف كان، فإن فتوى المشهور باشتراط الإجتهاد فی القاضی تمنعنا من الجزم بالوجه الثانی.

(الثانيه) قال بعض أعلام العصر: حكم القاضی فی الشبهه الحكميه – وهی القضيه التی يكون منشأ الترافع فيها الإختلاف فی الفتوى، كما إذا تنازع الورثه فی الأراضی، فادّعت الزوجه ذات الولد الإرث منها، وادّعی الآخرون حرمانها، فتحاكما إلی القاضی – إرشادی لا مولوی، لأنه حينئذ تنجيز للمتنجز وهو تحصيل للحاصل وهو محال، فلا يتصور الحكم فی الشبهات الحكميّه. وعليه، يكون المراد

---

۱ – ۱) كالتوقيع الشريف: « وأما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها إلی رواه حديثنا فإنهم حجتی عليكم وأناحجه اللّه عليهم» و « مجاری الامور والأحكام علی أيدی العلماء باللّه الامناء علی حلاله وحرامه» وسائل الشيعه ۲۷: ۱۴/۹. أبواب صفات القاضی، الباب ۱۱. و « اللهم ارحم خلفائی. قيل: ومن خلفاؤك يا رسول اللّه؟ قال: الذين يأتون من بعدی ويروون حديثی وسنتی» وسائل الشيعه ۲۷: ۹۱/۵۰. أبواب صفات القاضی، الباب ۸. وهذه الأدلّه فيها بحث سنداً ودلاله، وقد أجاب المانعون عن الاستدلال بها فی المقام صغرى وكبرى، فليراجع. واكتفی المحقق النراقی فی المستند بأن قال: « ربما يحكی عن بعض الفضلاء المعاصرين جوازه، ولم أتحققه ولم أره فی كتابه، ولا أرى له وجهاً أصلاً. . . وتوهم: أن عموم الولايه فيما للإمام فيه الولايه ثابت للمجتهد ومنها الإذن الخاص فی القضاء، مدفوع، بأن للإمام الإذن للأهل والقابل، فالجواز للمجتهد أيضاً يكون مقصوراً علی من له الأهليه، وهی لغير المجتهد غير ثابته، ومن ثبت له لا يحتاج إلی النائب لثبوت الإذن له عن المنوب عنه. . .» مستند الشيعه ۱۷: ۲۶.

من روایه عمر بن حنظله هو الفتوی لا الحکم، وحینئذ، تبقی روایه أبی خدیجه بلا معارض (۱).

وفیه: أوّلاً: إنه لا ظهور لروایه عمر بن حنظله فی الشبهه الحکمیّه، بل النزاع فی « الدین» من حیث الشبهه الموضوعیه أکثر وأظهر، وکذا « المیراث» فقد یترافع حوله بنحو الشبهه الموضوعیّه.

وثانیاً: إن الحکم یعتبر فیه النفوذ عند العقلاء، فهو أمر اعتباری ینتزع منه وجوب الامتثال، فالفرق بین « الفتوی» و « الحکم» ظاهر، ولیست المقبوله ظاهره فی الأولی.

(الثالثه) ما المراد من معرفه الأحکام، والعلم المعتبر فی القاضی؟

إن کان المراد من « عرف أحکامنا» هو معرفه الأحکام الواقعیّه، کان المعنی نفوذ حکم من علم بأن حکمه هذا هو حکم اللّه الواقعی فقط، ومع الشک فلایجوز الرجوع إلیه ولا ینفذ حکمه، لأنها شبهه مصداقیه، کما إذا قال: إقتد بالعادل، فشک فی عداله زید، فلا یجوز له الائتمام به.

وإن کان المراد: کون الخصمین عالمین بأنه عارف بأحکامهم علیهم السلام، فما هو الحکم فی صوره اختلافهما فی معرفه هذه الجهه فیه؟ وبعباره أخری: هل ینفذ حکم الحاکم فی القضیه مع العلم بالخلاف؟

أقول: لم تلحظ الخصوصیات فی « الرجل» العالم بشیء من قضایا الأئمه علیهم السلام، والعارف بأحکامهم، من حیث أنه عالم بالحکم الواقعی أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخاصمین. . . فإن هذه الدقائق لم تکن ملحوظه عند

۱- ۱) جامع المدارک ۶: ۶.

الأمر بالرجوع إلى هكذا عالم، بل يكفى كون الرجل عالماً مشاراً إليه بالعلم، وعلى هذا عمل الناس فى هذه الأزمنه أيضاً، وليس معنى الروايات هذه مجملاً عندهم.

وأما فى موارد العلم بالخلاف فنقول: إن حكم الحاكم ملزم ونافذ، إلّافى صوره كون أحد الطرفين عالماً بالخلاف، فلو كان المدّعى يعلم بأن المال الذى يدّعى تملّكه ليس له - بل لخصمه - لكن أحضر لدى القاضى شاهدين فحكم بأنه له، فإن هذا الحكم لا يجوّز له التصرف فى هذا المال، لأنه عالم بالخلاف وبكذب دعواه، وليس عدم نفوذ حكم القاضى حينئذ ردّاً لحكمه، بل إنه ردّ من المدّعى لدعواه هو وإقرار بكذبه فيها.

ولو علم المحكوم عليه بمخالفه الحكم للواقع، كما إذا علمت المرأه بأنها ليست بزوجه لزيد، لكن حكم القاضى بزوجيّتها له، فلا ينفذ هذا الحكم - حتى لو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما إذا كان المال مورد الترافع - فلا يجوز لزيد وطؤها، وعلى المرأه أن لا تمكّنه من نفسها ما أمكن، لأن حكم الحاكم ليس محلّلاً للحرام.

فالحاصل: إن حكم الحاكم لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه فيما إذا خالفه.

الضبط:

قال المحقق قدّس سرّه: « ويدخل فيه أن يكون ضابطاً، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه» (۱).

أقول: هذا مما لا يحتاج إلى الدليل، فلابدّ من أن يكون القاضى ضابطاً -

---

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۷.

بالإضافه إلى العلم - بهذا المعنى (۱).

الكتابه:

قال: « وهل يشترط علمه بالكتابه؟ فيه تردّد. . والأقرب: اشتراط ذلك. .» (۲)(۳).

أقول: إن كان عدم علم القاضي الجامع للشرائط بالكتابه موجباً لوقوع الخلل فی الحکم أو مقدّماته فهو، وإلا فإن الكتابه بنفسها لا ضروره لها، وعلى هذا عمل أصحاب الحوانيت والكسبه، فإنهم يكتبون مطالباتهم فی الدفاتر حذراً من الضياع والنسيان، وأما إذا كان أحدهم متمكناً من حفظ ذلك فلا يكتب.

ومع إخلال الجهل بالكتابه فی الحکم أو مقدّماته، يشترط العلم بالكتابه فی القاضی مع عدم وجود عارف بها يطمئن إليه ويستعين به، وإلا فلا حاجه.

ص:۴۲

۱- ۱) وقد اشترطه العلّامه فی القواعد (۳: ۴۲۱) والشهيدان فی الدروس (۲: ۶۵) والروضه (۳: ۶۲) والسبزواری فی الكفايه (۲: ۶۶۴) ، وفی الرياض (۱۵: ۱۲) : الظاهر عدم الخلاف فيه، لكن فی مفتاح الكرامه (۱۰: ۱۰) : قد خلا من هذا الشرط كثير من كتب الأصحاب كالتحرير وظاهر غيره، وعن الأردبيلی: ما نجد مانعاً لحكم من لا ضبط له كثير وضبط هذه الواقعه، وفی الجواهر والعروه لا دليل عليه بالخصوص. قال فی الثانی: إلّا دعوى انصراف أدله الإذن كما لا يبعد فی الضبط ونحوه، أو الشک فی الشمول حيث أن الاصل عدم الإذن. وظاهر عباره المحقق هنا وفی النافع الجواز لمن تساوى فيه الذكر والنسيان، لكن فی القواعد كغيره: ولو غلب النسيان أو ساوى ذكره لم يجز توليته.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۶۷.

۳- ۳) وقد نسبه فی المسالک إلى الأكثر (المسالک ۱۳: ۳۲۹) ، وفی شرح اللمعه إلى الأشهر، بل عن السرائر إلى مقتضى مذهبنا، لكن لم يذكروا على اعتبار هذا الشرط دليلا بالخصوص، ودعوى تبادر اشتراطه من أدله الإذن أو انصرافها إلى العالم بها محل نظر. فما ذهب إليه السيد الاستاذ دام ظله من الاشتراط فی صوره توقف الضبط عليها دون غيرها هو الوجه.

۷ – الذكوره:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا ينعقد القضاء للمرأه وإن استكملت الشرائط» .

أقول: قد ادعى عدم الخلاف بل الإجماع على عدم انعقاد القضاء للمرأه.

واستدلّ بوجوه:

الأوّل: قوله تعالى «اَلرِّجٰالُ قَوّٰامُونَ عَلَى اَلنِّسٰاءِ» (۱)، فإنه ظاهر فی قیمومیّه الرجال على النساء، ولازمها سلطنه الرجال وحكومتهم عليهن دون العكس.

فإن قیل: الآیه وارده فی مورد الزوجین.

قلنا: وهل یجوز أن لاتكون المرأه ذات سلطنه فی شئونها مع زوجها، وتكون لها السلطنه فی خارج دارها وعلى غیر زوجها من الرجال؟

فإن قیل: الآیه المباركه تنفی ولایه النساء على الرجال، وأی مانع من ولایه المرأه على النساء؟ أمكن الجواب: بأن ذلك مقتضى الإجماع المركّب.

«بِمٰا فَضَّلَ اَللّٰهُ بَعْضَهُمْ عَلىٰ بَعْضٍ» (۲)قال الفاضل الجواد قدّس سرّه:

« أی: الرجال على النساء، وذلك بالعلم والعقل وحسن الرأی والتدبیر والعزم ومزید القوه فی الأعمال والطاعات والفروسیه والرمی، وأن منهم الأنبیاء والأئمه والعلماء، وفیهم الإمامه الكبرى وهی الخلافه، والصغرى وهی الإقتداء بهم فی الصلاه، وأنهم أهل الجهاد والأذان والخطبه. إلى غیر ذلك مما أوجب الفضل علیهن.

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۳۴.

۲- ۲) سوره النساء ۴: ۳۴.

قال فی الکشاف: وفیه دلیل علی أن الولایه إنما تستحق بالفضل لا بالتغلب والإستطاله والقهر (۱).

قلت: هذا مما أجراه اللّه علی لسانه، فإنا لم نجد فیمن تقدّم علی علی علیه السلام - بعد النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم - فضیله یستحق بها الولایه، کما عرف فی محلّه» (۲).

ولا ریب فی أن جهات الفضیله موجوده فی نوع الرجال - سواء فی ذلک الصفات الخلقیّه والخلقیه - ولیست فی نوع النساء.

ویشهد بذلک ما ذکره الفاضل المذکور، من أن فیهم النبوه والإمامه والولایه، ولم نجد إلی الآن انعقاد القضاء لامرأه، ولو کان ذلک جائزاً لتصدّی له بعض النساء الفاضلات، کالصدّیقه الطاهره وعقیله بنی هاشم علیهما السلام، ولو بالنسبه إلی النساء خاصّه، بل إن حضور النساء عند القاضی الرجل - فی حال جواز انعقاده لامرأه - مرجوح مرغوب عنه شرعاً.

علی أنا قد استشکلنا فی إمامه المرأه للنساء واقتدائهنّ بها فی الصّلاه، لعدم وجود دلیل معتبر یدلّ علیه (۳).

هذا، والآیه نازله بعنوان حکم إلهی فی قضیه، رواها الشیخ أبو علی

۱- ۱) الکشاف ۲: ۶۷.

۲- ۲) مسالک الأفهام إلی آیات الأحکام ۳: ۲۵۷.

۳- ۳) قال سیدنا الاستاذ فی التعلیق علی قول صاحب العروه « یجوز إمامه المرأه لمثلها» قال: « فی غیر صلاه المیت اشکال» . وهذه المسأله قد اختلف فیها کلمات الأصحاب تبعاً للأخبار الوارده فیها. راجع الصلاه من مصباح الفقیه وغیره.

الطبرسی (۱).

وهی تدلّ علی أن للرجال الولایه علی النساء، ولیس لهنّ علیهم ولایه.

فهی مخصّصه لعمومات الحکومه بالعدل (۲).

الثانی - قوله تعالی: «وَ لَهُنَّ مِثْلُ اَلَّذِی عَلَيْهِنَّ» ، فإن هذه الآیه ظاهره فی أن للنساء علی الرجال حقوقاً، ولکن «لِلرِّجالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» (۳).

الثالث - قوله تعالی: «وَ قَرْنَ فِی بُيُوتِكُنَّ» (۴)واستلزام تصدّی المرأه القضاء للخروج عن البیت وإسماع صوتها الرجال وغیر ذلک من الامور المنهی عنها فی الشرع، فی غایه الوضوح، وتعییر الأصحاب والصحابیّات عائشه بنت أبی بکر علی خروجها من بیتها إلی البصره - من هذه الجهه - ونهیهم إیّاها عن الخروج وتذکیرهم لها بأمر اللّه وحکمه بأن تقرّ فی بیتها، مشهور.

الرابع - قوله علیه السلام فی معتبره أبی خدیجه: « أنظروا إلی رجل» .

لا یقال: إنه لیس للرجل موضوعیّه، لأنه لا یمکن إلغاء الخصوصیّه فی مثل

۱- ۱) مجمع البیان فی تفسیر القرآن ۲: ۴۲.
۲- ۲) کقوله تعالی: «إِنَّ اَللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَماناتِ إِلى أَهْلِها وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (سوره النساء ۴: ۵۸) وقوله تعالی: «يا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ لِلّهِ شُهَداءَ بِالْقِسْطِ وَ لا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلى أَلاّ تَعْدِلُوا اِعْدِلُوا» (سوره النساء ط: ۱۳۵) وقوله تعالی: «يا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلى أَنْفُسِكُمْ أَوِ اَلْوالِدَيْنِ وَ اَلْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيراً فَاللّهُ أَوْلى بِهِما فَلا تَتَّبِعُوا اَلْهَوى أَنْ تَعْدِلُوا» (سوره المائده ۵: ۸) .
۳- ۳) سوره الأحزاب ۳۳: ۳۳.
۴- ۴) سوره الأحزاب: ۳۳.

هـذا المقام، وأن مناسبه الحكم والموضوع تقتضـى الموضوعيّه، فالروايه هـذه مقيّـده للروايات المطلقه إن لم تكن منصـرفه عن النساء.

الخامس - ما ورد فى وصـيه النبى صـلّى اللّه عليه وآله وسلّم لأمير المؤمنين عليه السلام المرويه فى (الفقيه) ، بإسناده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمـد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السـلام: « يا على ليس على المرأه جمعه - إلى أن قال - ولا تولّى القضاء» (١)، وهذا النفى وضعى كما لا يخفى.

والروايه وإن كانت غير تامه سنداً (٢)، إلا أن روايه الأصحاب لها واستدلالهم بها يجبر ضعفها، كما تقرّر هذا المعنى بالنسبه إلى حديث « على اليد. .» ونظائره.

وربما يقال: إن قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « ليس على النساء. . ولا تولّى القضاء» لا يدلّ على المنع، بل ظاهره عدم الوجوب.

وفيه: ليس الأمر كذلك فى كلّ مورد، فإن هناك موارد جاء فيها: « ليس على. .» بمعنى « لا يجوز. .» .

السّادس - النبوى « لا يفلح قوم وليتهم امرأه» (٣).

السّابع - ما عن مكارم الأخلاق: « إن الإقامه للصّـلاه. . ولا تتولّى المرأه القضاء» (۴)، وهى مطلقه تعم الحكم الوضعى والتكليفى معاً (۵).

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۱۶/۲. أبواب صفات القاضى، الباب ۲.

۲- ۲) لأن رواتها بين مجهول ومهمل.

۳- ۳) حديث نبوى رواه العامه، انظر المجموع فى شرح المهذّب ۲: ۱۴۲.

۴- ۴) بحار الانوار ۱۰۳: ۲۵۴/۱.

۵- ۵) ويستدل له أيضا بما يلى: ۱ - ما رواه جابر بن يزيد الجعفى قال: سـمعت أبا جعفر محمد بن على الباقر عليه السلام يقول: « ليس على النسـاء أذان ولا إقامه ولا جمعه ولا جماعه. . ولا تولى المرأه القضاء ولا تلى الإماره ولا تسـتشار» وسائل الشـيعه ۲۰: ۲۲۰/۱. أبواب مقـدمات النكاح، الباب ۱۲۳. ۲ - مـا روى فى الوسائل عن الكلينى بسـند عن أبى جعفر وبآخر عن أبى عبـد اللّه عليهما السـلام قال: - فى رساله أمير المؤمنين عليه السلام إلى الحسن عليه السلام: « لا تملك المرأه من الأمر ما يجاوز نفسها. .» قـال فى الوسائـل: « ورواه الرضـى فى نهـج البلاغه (۴۰۵/۳۱) مرسـلاً نحوه» وسائل الشـيعه ۲۰: ۱۶۸/۱. أبواب مقـدمات النكاح، الباب ۸۷. ۳ - مـا رواه الشـيخ الكلينى فى الكـافى مسـنداً عن أمير المؤمنين عليه السـلام قـال: « كلّ أمر تـدبّره امرأه فهو ملعون» وسائل الشيعه ۲۰: ۱۸۲/۴. أبواب مقـدمات النكاح، الباب ۹۶. ۴ - مـا دلّ على ترك طاعه النساء والنهى عن مشاورتهن. وسائل الشيعه ۲۰: ۱۸۱. أبواب مقدمات النكاح، الباب ۹۶. ۵ - ما دلّ على نقصان عقلها ودينها. ۶ - ما دلّ على عدم صلاحيتها للإمامه فى الصّلاه للرجال أو مطلقاً. ۷ - دعوى انصراف الأدلّه المطلقه عن المرأه. ۸ - الأصل، فقد تقرر أنه عدم الإذن. والحق: أن هذه

الأدلّه من الكتاب والسنّه والإجماع وغير ذلك - بمجموعها - تشرف الفقيه على القطع بالحكم فى هذه المسأله.

السمع، البصر، النطق:

وهل يشترط السمع والبصر والنطق؟ قيل: نعم، واستدلّ له بأنه لولاها لتعذر القضاء، وبأنه مقتضى الإطلاقات، فإنها منصرفه عن الأصم والأعمى والأبكم، ولا أقلّ من الشك في شمول أدله الإذن لهم.

أقول: لا ينبغي الإشكال في الإشتراط فيما إذا توقف القضاء على ذلك.

الحريّه:

وهل يشترط الحريّه؟ قال في (المبسوط) : نعم (۱)، وقال المحقق:

ص:۴۷

۱- ۱) المبسوط في فقه الإماميه ۸: ۱۰۱.

« الأقرب: إنه ليس شرطاً» (۱).

وقد استدلّ للأول فی (المبسوط) و (المسالک) وغیرهما بأمرین:

أحدهما: إن من کان لغیره ولایه علیه لا یکون ذا ولایه.

والثانی: إن القضاء منصب عظیم، والعبد قاصر عن نیل هذا المنصب.

والجواب: أمّا عن الأوّل: فبأنه متی اجتمعت الشرائط المعتبره فیه وأذن له المولی فی تصدی القضاء، فلا مانع.

وأما عن الثانی: فبأن مقتضی الإطلاقات جوازه للعبد إن کان واجداً للشرائط المعتبره، کالحرّ (۲).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۸.

۲- ۲) لکن قد یجاب عن الجواب الأوّل بأنه إذا جاز ذلک فلیجز بالنسبه إلی غیر البالغ - ولا سیما المراهق -. وعن الثانی: باحتمال انصراف تلک الإطلاقات عن العبد. هذا، ولا أقل من الشک والأصل هو العدم. لکن الذی یسهل الأمر انتفاء الموضوع فی هذه الأزمنه.

مسائل

اشاره

فی قاضـی التحکیم * حکم تولّی القضـاء هـل یجوز الرجوع إلی المفضول مع وجود الأفضـل عنـد التعـدّد؟ هـل یجوز للقاضـی الاسـتخلاف؟ حکم ارتزاق القاضـی من بیت المـال * بم تثبت ولایه القاضـی؟ جواز نصب قاضـیین فی البلـد الواحـد * ما یتعلق بانعزال القاضـی وعزله * هل ینعزل بموت الإمام؟ هل تنعقد الولایه لفاقد الشـرائط لو نصبه الامام مصلحه؟ هل ینفذ حکم من لا تقبل شهادته؟

ص:۴۹

المسأله الاولی: (الکلام فی قاضی التحکیم)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « یشترط فی ثبوت الولایه إذن الامام علیه السلام أو من فوّض إلیه الإمام» (۱).

أقول: لا ریب ولا خلاف فی هذا، وقد أشرنا إلی ما یدل علی ثبوته، وهذه الکلمه من المحقق قدّس سرّه کمقدّمه لقوله بعده: « ولو استقضی أهل البلد قاضیاً لم یثبت ولایته. نعم، لو تراضی خصمان بواحد من الرعیّه. .» .

أقول: أما عدم نفوذ حکم من استقضاه أهل البلد، فإنه بالنسبه إلی زمن حضور المعصوم وبسط یده واضح، لأن النبی وأمیر المؤمنین – صلی اللّه علیهما وآلهما وسلّم – کانا یرسلان القضاه إلی البلاد، فلا ینفذ حکم قاض آخر مع وجود القاضی المنصوب من قبل المعصوم. وأما فی زمن الغیبه – أو الحضور مع عدم بسط الید – فإن الإذن العام الصادر منهم علیهم السلام – کما تدلّ علیه الروایات – یقتضی نفوذ حکم القاضی الذی استقضاه أهل البلد وطلبوا منه النظر فی مرافعاتهم، علی الخلاف فی الصفات المعتبره فیه، والقدر المتیقن هو المجتهد المطلق.

فعلیه، لا ینفذ حکم من استقضاه الناس من دون مراجعه الإمام المبسوط الید، وکسب إذنه.

ص:۵۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۸.

وأما فی زمن الغیبه أو عدم بسط الید، فالإذن العام یکفی لنفوذ حکم من کان هذا الإذن شاملاً له. ولقد أشکل الأمر هنا علی الأصحاب فقالوا: إن کان من رجع إلیه أهل البلد مجتهداً، فالإمام قد أذن فی الرجوع إلیه مطلقاً، وإن لم یکن مجتهداً، فلا اعتبار بحکمه مطلقاً، فأی ثمره لهذا الکلام؟ لکن بما ذکرنا ظهرت الفائده فی العباره، وعلم المراد من عنوان المسأله.

وقیل: المراد من قوله: « لو استقضی» هو القاضی العام فی البلد لعموم أهله، ومن قوله « نعم. .» هو من استقضاه الخصمان فی واقعه خاصه، من غیر أن یعرف بأنه قاضی البلد.

أقول: لکن الأولی ما ذکرناه.

هل یشترط الرضا بالحکم بعده؟

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا یشترط رضاهما بعد الحکم» (۱).

أقول: فی المسأله قولان، فالمشهور هو النفوذ وکفایه الرضا قبل الحکم، فلیس لهما الرجوع عن حکمه ولا یشترط رضاهما بعد الحکم، وقیل: یشترط رضاهما بعد الحکم أیضاً.

أقول: مقتضی الدلیل التعبّدی تأثیر رضاهما بالحکم بعده فی بعض الموارد، مثل کون الدیه علی العاقله (۲)، وفی بعض الموارد لا یتوقف الحکم علی

ص:۵۲

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۸.

۲- ۲) یعنی: إنهما لو تنازعا فی قتل، فقال أحدهما بکونه عن عمد وقال الآخر هو عن خطأ، فحکم بکونه خطأ، فلو رضیا بهذا الحکم بعده وجبت الدیه علی العاقله، فأثر رضاهما به بعده لزوم الدیه علی طرف ثالث وهو العاقله.

الرضـا أصـلاً، كمـا إذا تنازعـا فى الرضـاع مثلاًـ بأن قال أحـدهما بتحقق الرضاع الموجب للحرمه فى مورد، وقال الآخر بعـدمه، فحكم الحاكم حسب القواعد والأدله، فإنه لا أثر لرضاهما بعدئذ. والحاصل: إن تأثير رضاهما على القاعده، إلا إذا دلّ الدليل فى مورد على العدم أو التأثير بأثر بالنسبه إلى غير المتخاصمين.

ويمكن أن يستدل لكفـايه الرضـا السـابق فى جميع الموارد بروايه الحلبى قـال: « قلت لأبـى عبـد اللّه عليه السـلام: ربما كان بين الرجلين من أصـحابنا المنـازعه فى الشـىء فيتراضـيان برجـل منّـا. فقـال: ليس هو ذاك، إنمـا هو الـذى يجـبر النـاس على حكمه بالسيف والسوط» (١)بأن يقال: فرق بين لسانها ولسان معتبره أبى خديجه التى جاء فيها: « فإنى قد جعلته قاضياً» فتلك تعلّل نفوذ الحكم بالجعـل، وهـذه بالرضـا، وظاهرها نفوذ حكم من رضـى المتخاصـمان من الأصـحاب بحكمه، إذ ليس من أولئك الـذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف والسّوط. .

نعم، يشترط كونه واجـداً للشـرائط المعتبره، وحينئذ، يكون الرّضا دليلًا على النفوذ كالإذن مطلقاً، وعلى هذا، فلا تبقى ثمره لهذا البحث بالنسـبه إلى زمن الغيبه حيث تحقق الإذن منهم بنفوذ حكم المجتهـد من دون أثر للرضا. . إلا أن يدّعى دلاله ما فى ذيلها وهو قوله عليه السـلام: « إنما هو الـذى. .» على لزوم الرضا بعـد الحكم، أى: بأن يكونا مطيعين للحكم ومنفـذين له بدون إجبار، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم.

هذا، ويدّل قول المحقق: « ولا يشترط رضاهما بعد الحكم» على جواز الرجوع عن الرضا بالحكم قبله.

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ١٥/٨. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

هل يشترط فيه ما يشترط فى المنصوب؟

قال: « ويشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب عن الإمام» (۱).

أقول: أشكل عليه بأن هذا الكلام لا ثمره له أصلًا، لأنه بعد اشتراط كونه واجداً للشرائط المعتبره فى القاضى المنصوب، من الإجتهاد وغيره، يكون قاضى التحكيم المستجمع لها منصوباً من قبل الإمام عليه السلام ومأذوناً له فى الحكم.

وقال جماعه: بأن هذا الفرع يجرى فى زمن حضور الولى الذى بيده الحكم ونصب القاضى لأجل الحكم، فإنه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالترافع عنده مع كونه واجداً للشرائط المعتبره وإن لم يأذن له الإمام بالحكم، سواء كان فى زمن الحضور مع بسط اليد، كزمن النبى وأمير المؤمنين عليهما الصلاه والسلام، أو مع عدمه، فلا ثمره للبحث عن قاضى التحكيم فى زمن الغيبه، لأنه إن لم يكن واجداً للشرائط فلا أثر لحكمه، وإن كان واجداً لها فقد دلّت المقبوله وغيرها على أن من كان كذلك كان مأذوناً من قبل الإمام فى الحكم.

وعن بعض المعاصرين: تصوير المسأله بحيث يكون لها ثمره فى زمن الغيبه كذلك، لدلاله روايه الحلبى المتقدمه على أنه لا مانع من الترافع عند من تراضيا بالترافع عنده، وإنما منع الإمام عليه السلام من الترافع عند من يجبر الناس على الترافع عندهم بالسوط والسيف، فالروايه ظاهره فى أنه حيث لا جبر، يصح الترافع وإن لم يكن واجداً للشرائط، فيكون حاصل البحث: إن الإمام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط إنما تعتبر فيما إذا كان هناك إجبار على قبول الحكم بعد إصداره - وإن الحاكم الحق أيضاً قد يلتجأ إلى السيف والسوط لتنفيذ أحكامه -

---

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۸.

فمفاد قوله: إذا لم يكن سيف وسوط، هو أنه ينفذ حكمه وإن لم يكن مجتهداً، ويكفى علمه بالحكم فى الواقعه المتخاصم فيها.

وكذا معتبره أبى خديجه، فإنها ظاهره فى عدم لزوم الإجتهاد، بل يكفى كونه عالماً ببعض القضايا، والرضا بالحكم علّه لجواز الرجوع إليه.

وقوله تعالى: «يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَمَانَاتِ إِلىٰ أَهْلِهَا وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (١)، يشمل بإطلاقه العامى غير المأذون بالحكم الذى تراضيا بالترافع عنده.

أقول: وفى هذا القول نظر، فإن الآيه وأمثالها لم نتمسك بإطلاقها لأجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق، بل أخذنا بالقدر المتيقن منها وهو المجتهد المطلق، فكيف يكون لها إطلاق بالنسبه إلى العامى الذى تراضيا بالترافع عنده؟

وأما روايه أبى خديجه، فليس المستظهر منها ما ذكر، بل تقدّم أنها ظاهره فى أن من كان كذلك، فتراضوا بالرجوع إليه، لأنه مجعول حاكماً من قبلى، فإذا حكم فقد حكم بحكمنا، ومع التسليم بما ذكره، فإن النسبه بين هذه الروايه والمقبوله هى العموم من وجه، فيقع التعارض ويتساقطان، ويرجع إلى الأصل المذكور فى أول الكتاب.

ولكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقاً، وأنه يتقدّم المنطوق على مفهوم تلك الروايه الاخرى، لأن المنطوق يتقدم على المفهوم، ولأنه خاص أيضاً، بل لقد احتملنا سابقاً، كون المقبوله بصدد بيان اعتبار المعرفه والنظر فى الأحكام،

١- ١) سوره النساء: ٥٨.

والمعتبره بصدد بيان العلم بالقضايا، فتكون احداهما مؤكده للاخرى. نعم، لا يشترط الإحاطه بجميع الأحكام والقضايا، بل يكفى كونه مجتهداً متجزياً (۱).

فالحاصل: إن كان المستفاد من المقبوله والمعتبره هو اشتراط كونه مجتهداً كما تقدم، فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق والمجتهد المتجزى، وأما إذنهما لغيرهما للتصدى فيحتاج إلى دليل. ولو فرض الإطلاق فى « يعلم شيئاً» ، فإن المشهور قد أعرضوا عنه وأفتوا بخلافه، ولعلّه لقرينه موجوده عندهم مفقوده عندنا، فالقول بجواز جعل العامى قاضياً للتحكيم مشكل جدّاً (۲).

۱- ۱) أی بغض النظر عن الاجماع على اعتبار الإجتهاد المطلق.

۲ - ۲) وحاصل الكلام فى هذه المسأله فى مقامات: الأوّل: فى مشروعيه التحكيم، والمشهور كما فى المسالك (۱۳: ۳۳۲) والرياض (۱۵: ۱۴) والكفايه (۲: ۶۶۴) جوازه، بل لم يذكروا فيه خلافاً، بل عن الخلاف والمجمع الاجماع عليه صريحاً، واستدلّوا عليه بعموم قوله تعالى: «وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اَللّٰهُ» وبعموم ما دل على وجوب الأمر بالمعروف، وبخصوص « من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنه اللّه تعالى» (المغنى ۱۱: ۴۸۵) ، وهو خبر نبوى عامى. قال فى مفتاح الكرامه: « واستدل عليه أيضا فى الخلاف بأخبار الفرقه، ويشير إليه حسن أبى بصير يزيد بن إسحاق وغيره من الأخبار. فكأن من أنكر الدليل عليه من الأخبار لم يلحظ أخبار الكتب الثلاثه بكمال التأمل ولم يظفر بأخبار الخلاف» . هذا، وصريح عباره المحقق والعلامه فى أول القواعد كغيرهما نفوذ حكم قاضى التحكيم فى كلّ الأحكام، قال فى المسالك (۱۳: ۳۳۲) : لوجود المقتضى فى الجميع وعموم الخبر، وعن العلامه أنه استشكل ثبوته فى الحبس واستيفاء العقوبه. الثانى: قد نص المحقق والعلامه والشهيد وغيرهم على أنه يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب، بل فى المسالك - كغيره - وقوع الإتفاق عليه، وهو مختار سيدنا الاستاذ دام ظله، خلافاً لبعض أعلام العصر فى مبانى تكمله المنهاج. وقد بحثوا - بناء على الإشتراط - عن تصوير قاضى التحكيم فى حال الحضور والغيبه، لأنه إن استجمعها كان مأذوناً وإن فقدت فيه لم يجز له القضاء. والثالث: هل يشترط رضا الخصمين بالحكم بعده؟ قال فى الروضه: قولان أجودهما العدم، عملاً بإطلاق النصوص. وقد نسب هذا القول إلى المشهور، ونقل الخلاف عن العلامه فى بعض كتبه، وعلى المشهور، يجوز الرجوع قبل تمام الحكم حتى لو أقام المدعى شاهديه فقال المدعى عليه للقاضى عزلتك، لم يكن له أن يحكم.

وهل يشترط الأعلميه؟

لا دليل على اعتبار هذا القيد، والأدله مطلقه، على أنه يستلزم العسر والحرج.

وهل يشترط الأعلميه فى البلد؟

يمكن اشتراط ذلك فى البلاد الصغيره، وأما الكبيره، فإنه يستلزم العسر والحرج، والأدلّه مطلقه.

وأما قول أمير المؤمنين عليه السلام فى عهده لمالك رضى اللّه عنه: «اختر أفضل رعيتك» (١)، فظاهر فى الأولويّه.

وقال صاحب (الجواهر) قدّس سرّه باشتراط أن لا يكون الحاكم المجتهد انسدادياً، لأن الإنسدادى غير عالم، وقد اعتبر الشارع كونه عالماً بالأحكام، إلّا إذا كان عالماً وقاطعاً بحكم اللّه تعالى وإن كان عن طريق ظنى، لأن ظنّيه الطريق لا تنافى قطعيه الحكم، وأما مع كونه ظاناً بالحكم فى حينه، فلا يجوز الرجوع إليه ولا ينفذ حكمه.

أقول: وهذا متين، إلّا إذا صادف كون جميع الفقهاء فى عصر من العصور

١- ١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦٣. وعهد الإمام أمير المؤمنين عليه السلام إلى مالك الأشتر رضى اللّه عنه مذكور فى نهج البلاغه.

انسداديين.

قال المحقق قدّس سرّه: « ويعم الجواز كلّ الأحكام» .

أقول: هذا إشاره إلى مذهب بعض العامه الذين خالفوا في هذا الحكم، أو من فصّل، فقال بنفوذه في بعض الأحكام فقط.

نفوذ قضاء الفقيه في زمن الغيبه:

قال المحقق: « ومع عدم (۱)الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت (۲)، ولو عدل والحال هذه إلى قضاء الجور كان مخطئاً» .(۳)

أقول: وفي (الجواهر) : نعم لو توقف حصول حقّه عليه ولو لامتناع خصمه

ص:۵۸

۱- ۱) أي عدم حضوره، وفي نسخه: ومع غيبه الامام. . . .

۲- ۲) من الأخبار التي يستدل بها على نفوذ حكم الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام في زمن الغيبه - بغض النظر عن البحث في المراد من « الفقيه» فيها - خبر أبي خديجه الذي ذكره المحقق في المتن. ومنها: مقبوله عمر بن حنظله الذي جاء فيه: « ينظران إلى من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فإني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما بحكم اللّه استخف وعلينا رد، والراد علينا الراد على اللّه وهو على حد الشرك باللّه. قال: فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا. . فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما. . .» . ومنها: خبر داود بن الحصين: « في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في الحكم وقع بينهما فيه اختلاف. . . فقال: ينظر إلى أفقههما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه، ولا يلتفت إلى الآخر» . ومنها: خبر النميري، فقد جاء فيه: « ينظر إلى أعدلهما وأفقههما في دين اللّه فيمضي حكمه» . ومنها: التوقيع الشريف: « وأمّا الحوادث الواقعه فارجعوا فيها إلى رواه أحاديثنا. .» . راجع أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعه.

۳- ۳) للنهي عن ذلك في النصوص المعتبره الكثيره، كخبر أبي خديجه ومقبوله عمر بن حنظله وخبر أبي بصير ونحوها مما هو مذكور في الباب الأوّل من أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعه.

عن المرافعه إلّاإليهم جاز (۱).

وقال السيد قدّس سرّه فی (العروه) : لا يجوز الترافع إلی قضاه الجور اختياراً، ولا يحلّ ما أخذه بحكمهم إذا لم يعلم بكونه محقاً إلا من طرف حكمهم، وأمّا إذا علم بكونه محقاً واقعاً فيحتمل حليّته (۲).

أقول: لكن الروايه (۳)تدل علی عدم جواز الأخذ بحكمهم وإن كان حقاً، إلّا أن تحمل الروايه علی صوره شكّه بكونه محقاً، وأن أخذه بحكمهم حالكونه شاكاً غير جائز، فإن تم هذا الحمل لم تشمل الروايه صوره العلم ولم يبعد كلام السيد قدّس سرّه.

وعن (الكفايه) (۴): إن حكم الجائر بينهما فعل محرم والترافع إليه يقتضی ذلک، فيكون إعانه علی الإثم وهی منهی عنها.

وأجاب فی (الجواهر) بمنع كونه إعانه أوّلاً، ومنع حرمتها ثانياً. . .

أقول: أما الحكم، فإنه يصدر من القاضی اختياراً، وليس الترافع إليه إعانه عليه، لأنه ليس له أثر فی تحققه - فليس من قبيل إعطاء السوط لأجل الضرب

ص:59

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۵.

۲- ۲) العروه الوثقی ۳: ۹.

۳- ۳) يعنی روايه عمر بن حنظله قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعهفی دين أو ميراث، فتحاكما إلی السلطان أو إلی القضاه أيحلّ ذلک؟ فقال: من تحاكم إليهم فی حقّ أو باطل فإنما تحاكم إلی الطاغوت، وما يحكم له، فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً، لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر اللّه أن يكفر به، قال اللّه تعالی: «يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحٰاكَمُوا إِلَی اَلطّٰاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» الحديث. وسائل الشيعه ۲۷: ۱۳/۴. أبواب صفات القاضی، الباب ۱. وقد تقدّم الكلام فيما يتعلّق بالسند.

۴- ۴) كفايه الأحكام ۲: ۶۶۴.

ظلماً – وإن كان لولاه لما صدر الحكم منه، فهو كأن يقول لزيد: أقتل عمراً، فإن كلامه هذا ليس مؤثّراً فی تحقق القتل، مع فرض اختيار زيد وقدرته على الترک. هذا وجه ما ذکره أوّلاً. ووجه ما ذکره ثانياً هو: دعوى انصراف روايه ابن حنظله المشار إليها إلى صوره عدم توقف إنقاذ الحق وإحقاقه على الترافع إليه، فيكون حكمه فی هذا المورد الخاص غير محرم، وإن كان فی سائر الموارد حراماً، وإذ ليس هذا الحكم إثماً، فليس الترافع إليه إعانه على الإثم.

هذا إن أراد عدم حرمه الحكم.

ويمكن أن يراد عدم حرمه هذه الإعانه على هذا الإثم، نظير ما إذا رجع إلى جائر لإنقاذ حقه من غاصب، فلو ضرب الجائر الغاصب واسترجع الحق منه، كان رجوعه إليه إعانه على الإثم – إذ لو لم يرجع إليه لما ضربه – ولكنها والحال هذه ليست إعانه محرّمه، نظير ضرب اللّص المتوقف عليه دفعه وحفظ المال.

أقول: لكن مقتضى ذلک، هو القول بعدم حرمه هذا الضرب أيضاً.

هذا، واستدلّ فی (الجواهر) بخبر علی بن محمد قال: « سألته هل نأخذ فی أحكام المخالفين ما يأخذون منّا فی أحكامهم؟ فكتب عليه السلام: يجوز لک ذلک إن شاء اللّه، إذا كان مذهبكم فيه التقيه والمداراه لهم» (1)قال: بناءاً على ما فی (الوافی) (2)من أن: المراد هل يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم كما يأخذون منا بحكم قضاتهم. يعنی إذا اضطر إليه كما إذا قدمه الخصم إليهم.

أقول: إن كان هذا معنى الروايه، فستكون معارضه لروايه ابن حنظله الدالّه

1- 1) كذا فی الجواهر المطبوع (40: 35) ، وفی الوسائل: . . . عن علی بن مهزيار عن علی بن محمد عليهماالسلام قال: سألته. . . باختلاف يسير. وسائل الشيعه 27: 226/1. أبواب آداب القاضی، الباب 11.

2- 2) الوافی 11: 904.

على أن المـأخوذ بحكمهم سـحت وإن كـان حقـاً ثابتـاً، إلّاأن تحمـل تلـك على صوره التمكن من إنقـاذ الحق من طريق آخر، وتحمل هذه على صوره الإنحصار والضـروره، أو تحمل هذه على صوره العلم بكونه محقاً، وتلك على صوره الجهل أو الشـك بكونه حقاً له، كما تقدم.

ويحتمل أن يكون المراد: إنهم يقولون - مثلاً - بصـحه الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحـد، ونحن نقول ببطلانه، فهل يجوز لنا أن نحكم عليهم طبق أحكـامهم وفتاواهم ونعاملهم بحسـبها؟ فتكون نظير « ألزموهـم بما ألزموا به أنفسـهم. .» (١)وتخرج بذلك عن مبحث القضاء.

وعن علي بن الحسـين عليهمـا السـلام: « إذا كنتم في أئمه الجور فـامضوا في أحكـامهم ولا تشـهروا أنفسـكم فتقتلوا وإن تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم» (٢).

ومـورد هـذه الروايه خصـوص حـال التقيه، والعبـادات في تلـك الحـال صـحيحه نصـاً وفتوىً، وأمّـا المعاملات، فلو عامـل طبق أحكامهم تقيه فهل تصح حالكونها باطله عندنا؟

قال في (الجواهر) : لم يحضرني الآن كلام للأصحاب بالخصوص (٣).

أقول: وكيف كـان، فهي وارده في حـال التقيه، ولا مناسـبه لها بمورد انحصار طريق الاسـتنقاذ بـذلك، إلا إذا كان الإنحصار من جهه التقيه، فهي دالّه على الجواز

ص:٦١

١- ١) التهذيب ٩: ٣٢٢/١١٥٦.
٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ١٤/٧. أبواب صفات القاضي، الباب ١، وهو للصدوق قدّس سرّه بإسناده عن عطاء بن السائب عن علي بن الحسين عليه السلام. وفي تنقيح المقال ٢: ٢٥٣: قـد وقع الرجل في طريق الصـدوق في باب من يجوز التحاكم إليه، وهو غير مذكور في الكتب الرجاليه لأصحابنا.
٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٦.

حینئذ. وفی (المسالک) : « یستثنی منه ما لو توقّف حصول حقّه علیه، فیجوز کما یجوز الاستعانه علی تحصیل الحق بغیر القاضی، والنهی فی هذه الأخبار وغیرها محمول علی الترافع إلیهم اختیاراً مع إمکان تحصیل الغرض بأهل الحق، وقد صرّح به فی خبر أبی بصیر (۱)عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « فی رجل کان بینه وبین أخ له مماراه فی حق، فدعاه إلی رجل من إخوانه لیحکم بینه وبینه، فأبی إلّا أن یرافعه إلی هؤلاء، کان بمنزله الذین قال اللّه عزوجل: «أَ لَمْ تَرَ إِلَی اَلَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمٰا أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ مٰا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحٰاکَمُوا إِلَی اَلطّٰاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ» (۲)الآیه» (۳).

أی: فإنها ظاهره بل صریحه فی اختصاص النهی عن الترافع إلیهم، بصوره التمکن من الترافع إلی القاضی العدل، وقد وافقه فی (الجواهر) علی ذلک وأضاف: بأن الإثم حینئذ علی الممتنع.

وقد استدلّ لجواز الترافع إلی الجائر - حتی مع التمکن من العادل إن کان عالماً بکونه محّقاً - بخبر ابن فضال قال: « قرأت فی کتاب أبی الأسد إلی أبی الحسن الثانی علیه السلام - وقرأته بخطّه - سأله: ما تفسیر قوله تعالی: «وَ لاٰ تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ وَ تُدْلُوا بِهٰا إِلَی اَلْحُکّٰامِ» (۴)فکتب بخطّه: الحکّام: القضاه. ثم کتب تحته: هو أن یعلم الرجل أنه ظالم فیحکم له القاضی، فهو غیر معذور فی أخذه ذلک

ص:۶۲

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۱۱/۲. أبواب صفات القاضی، الباب ۱.

۲- ۲) سوره النساء ۴: ۶۰.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۳۵.

۴- ۴) سوره البقره ۲: ۱۸۸.

الذی قد حکم له إذا کان قد علم أنه ظالم» (۱).

أقول: والتحقیق أنه لولا- أدلّه النهی المطلقه، لحکمنا بجواز الترافع إلی قضاه الجور مع العلم بالحق أو الشک، سواء تمکن من الترافع إلی العادل أو لا- بمقتضی الآیه الکریمه والروایه الوارده فی ذیلها، لکن الآیه مطلقه وتلک الأدلّه وارده فی خصوص قضاه الجور، وأنه لا یجوز الترافع إلیهم حتی مع العلم بالحق أو الشک فیه، فمقتضی الجمع جواز الرجوع إلی الحاکم الجائر فی صوره العلم أو الشک بکونه محقاً، مع عدم التمکن من الترافع إلی القاضی العادل، وأما فی صوره العلم بالخلاف فلا یجوز مطلقاً، کما لا یجوز الترافع إلی قضاه الجور فی صوره التمکن من العادل حتی مع العلم بکونه محّقاً.

واستدلّ المحقق الآشتیانی للجواز - فی صوره توقّف أخذ الحق علی التحاکم إلی قضاه الجور - بقاعده نفی الضرر والضرار فی الشریعه (۲).

وفیه: إن قاعده نفی الضرر لا ترفع الضرر، أی: إن الحکم بحرمه الترافع إلیهم فی صوره التوقف ضرری، ولکن لا دلاله للقاعده علی کون عدم نفوذ حکمه حینئذ ضرریاً کذلک، فلا تقتضی القاعده هذه إلا رفع الحرمه التکلیفیه، وأیضاً: إن کان معنی « السحت» فی قوله علیه السلام: « وما یحکم له فإنما یأخذ سحتاً وإن کان حقه ثابتاً» (۳)بمعنی الإثم رفعته قاعده نفی الضرر، وأما إن کان بمعنی حرمه الأکل، فإنه حکم ضرری مجعول، ومن المعلوم أن القاعده لا ترفع الحکم الضرری المجعول.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۱۵/۹. أبواب صفات القاضی، الباب ۱.

۲- ۲) کتاب القضاء: ۲۱.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳/۴. أبواب صفات القاضی، الباب ۱.

المسأله الثانيه: (فی حکم تولّی القضاء)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « تولّی القضاء مستحب لمن یثق من نفسه بالقیام بشرائطه، وربما وجب ووجوبه علی الکفایه. . .» (۱).

أقول: فیه مطالب:

الأوّل: تولّی القضاء مستحب، وظاهر کلامه أنه مستحب ذاتاً.

الثانی: إنه لمن یثق من نفسه بالقیام بشرائطه.

الثالث: إنه قد یجب.

الرابع: وجوبه حینئذ کفائی.

وفی (الدروس) : ولو وجد غیره، ففی استحباب تعرّضه للولایه نظر، من حیث الخطر وعظم الثواب إذا سلم، والأقرب ثبوته لمن یثق من نفسه القیام به (۲).

وفی (الروضه) : وفی استحبابه مع التعدد عیناً قولان: أجودهما ذلک مع الوثوق (۳).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۸.

۲- ۲) الدروس الشرعیه ۲: ۶۶.

۳- ۳) الروضه البهیّه فی شرح اللمعه الدمشقیه ۳: ۶۲.

وفی (کشف اللثام) : ویستحب التولیه علی الأعیان إلّا من وجبت علیه عیناً، لأنه أمر مرغوب عقلاً وشرعاً (۱).

وفی (الریاض) : استحبابه - أی قبوله - عینی، فلا ینافی ما قدمناه من أنه واجب کفائی (۲).

أقول: المنافاه أو عدمها یتوقّف علی بیان الواجب الکفائی، وهو: ما وجب الإتیان بالواجب علی الکلّ ویسقط بإتیان البعض، بخلاف العینی، وسقوط الوجوب یکون إما بالإطاعه وإما بالعصیان وإما بارتفاع الموضوع، ومحلّ الکلام من قبیل الثالث، نظیر ما إذا صلّی أحد المکلّفین علی المیت، فإنه لا یبقی موضوع

۱- ۱) کشف اللثام فی شرح قواعد الأحکام ۱۰: ۱۰.

۲- ۲) ریاض المسائل (۱۵: ۲۶) وفی القواعد (۳: ۴۲۰) : ویستحب التولیه لمن یثق من نفسه بالقیام بشرائطها علی الأعیان وتجب علی الکفایه. وفی الکفایه (۲: ۶۶۵) : تولّی القضاء مستحب لمن یثق من نفسه القیام بالشرائط المعتبره فیه، وهو من الواجبات الکفائیه، وقد یتعین وجوبه عند الأمر من الإمام علیه السلام أو الإنحصار فیه. وفی مفتاح الکرامه بشرح عباره القواعد المتقدمه (۱۰: ۵) « ویستحب التولیه لمن یثق من نفسه» أی بأن لا یخرج عن الشرع. وقد أجمعت الامه کما فی المبسوط - ما عدا أبا قلابه لأنه کان یحتمل أنه غیر فقیه - علی أنه طاعه وأمر مرغوب عقلاً ونقلاً والإستحباب العینی لا ینافی الوجوب الکفائی. فالدلیل علی الإستحباب - بعد العمومات وبعض الأخبار - هو الإجماع المذکور، وفی الریاض: لا خلاف فی شیء من ذلک عندنا خلافاً لبعض العامّه. وأما دلیل الوجوب علی الکفایه، ففی مفتاح الکرامه: یدلّ علیه - بعد مرسل ابن أبی عمیر والخبر النبوی - عموم ما أوجب الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر، والإجماع کما فی المجمع، والإعتبار من تحصیل النظام ودفع المفاسد. وفی الریاض: هو من فروض الکفایه بلا خلاف فیه بینهم أجده. ثم إنهم تصدّوا لرفع التنافی الظاهر بین الحکمین، فذکروا وجوهاً لأجل تعدد موضوع الاستحباب والوجوب، والسید الاستاذ مدّ ظله لم یرتض بشیء منها.

للوجوب، إذ لا يجب إلاّ صلاه واحده عليه، ولما كان الوجوب والاستحباب ضدّين، فكيف يكون الشى الواحد واجباً ومستحباً معاً؟ المستحب ما يجوز تركه فإذا كان مستحباً عينياً كيف يكون واجباً لا يجوز تركه، وأنه إذا ترك فالكلّ معاقبون على ذلك؟

وقيل: الواجب الكفائى ما يجب فعله على المجموع.

ولم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف وما ذكرناه. . .

فالحاصل: دعوى عدم التنافى بينهما غير واضحه عندنا.

فالقائلون بعدم المنافاه فى سعه من توجيه عباره المحقق، وأمّا الذين لا يوافقون على ذلك، فقد حاولوا توجيهها، ففى (المسالک) : وظيفه القضاء من فروض الكفايه لتوقّف النظام عليه، أو لما يترتب عليه من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولعظم فائدته تولاّه النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم ومن قبله من الأنبياء بأنفسهم لأُمتّهم ومن بعدهم من خلفائهم، وحينئذ، فحكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الإمام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله فى حال الغيبه حيث لا يتوقف على إذن خاص. وقوله « وربما وجب» يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الإمام له، وفيما إذا انحصر الأمر فيه ولم يعلم الإمام به أو لم ينحصر بالنظر إلى الوجوب الكفائى، أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الأمر بالمعروف فى حال الغيبه. وقوله « ووجوبه على الكفايه» يعنى به على تقدير وجوبه عنده، وإنما يكون على الكفايه إذا أمكن قيام غيره مقامه ولم يعيّنه عليه الإمام، وإلاّ كان وجوبه عينياً كغيره من

فروض الكفايات، إذا لم يحصل منها إلّا فرد واحد (۱). . .

أقول: إن كان مراد المحقق قدّس سرّه تولّى القضاء والتصدّى لهذا المنصب، فإنه يختص بزمان حضور الإمام، لأنه الزمن الذى لا حكم وجوبى عليه - إلّافى حال تعيين الإمام ونصبه - فيستحب له الحضور عند الإمام لأخذه منه، ولا مورد للإستحباب غيره، فإن نصبه كان واجباً عينياً وإن نصب جماعه كان كفائياً، ولا يجتمع الإستحباب مع الوجوب الكفائى.

وإن كان المراد أن يجعل نفسه فى معرض ترافع الناس إليه - وإن كان هناك قاض - فإن كان التصدى واجباً عليه، كان تعريض نفسه لذلك واجباً كذلك من باب المقدمه، وإن كان واجباً عليه وعلى غيره كفايه، كان ذلك واجباً عليه من باب المقدمه كذلك، إذ لا يكون ذو المقدمه واجباً والمقدمه مستحبه.

وإن كان المراد من التولّى نفس القضاء وفصل الخصومه، فإن كان فى زمن الحضور وقد نصب لذلك وأمر به، كان واجباً عينياً عليه، ومع الإذن العام يكون واجباً كفائياً، فلا يتصور الاستحباب.

وإن كان القضاء وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، كان واجباً عليه من باب مقدّمه الواجب.

فالحاصل: إن من كان حكمه فى زمن الغيبه نافذاً، كان وجوب القضاء عليه كفائياً، سواء وجد غيره أيضاً لوضوح الأمر حينئذ، أو لم يوجد غيره، لأن الواجب الكفائى لا ينقلب معه إلى العينى، بل يتعيّن عليه القضاء بحكم العقل، وهذا هو مراد من عبّر بالواجب العينى حينئذ.

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۳: ۳۳۶ - ۳۳۷.

فظهر أنه لا يتصور الإستحباب.

وخالف فی استحبابه أو وجوبه بعض العامّه، فحكم بكراهته لعظم خطره ونظراً إلی الأحاديث المحذّره. . . وأُجيب عنه فی (المسالک) وغيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره (۱)ولزوم شده الإحتياط فيه.

ثم إن الأحكام التی ذكرها المحقق قدّس سرّه فی هذه المسأله بالنسبه إلی زمن الحضور (۲)لا ثمره للبحث عنها بالنسبه إلينا، نعم يحتمل وجود الثمره فی قوله: « ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، ولو ألزمه الإمام: قال فی الخلاف: لم يكن له الإمتناع. . .» (۳).

أقول: وجه ما ذهب إليه المحقق قدّس سرّه: أن الإمام لا يوجب ما وجب كفايه بالوجوب العينی، فلو خاطب الإمام أحد المكلفين فی واجب كفائی، لم يخرج بذلک عن كونه كفائياً، ولا يلزم بامتثاله مع وجود غيره.

ووجه ما ذكره الشيخ قدّس سرّه فی (الخلاف) هو: أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم وتغيّره - لا أنه يجتمع حينئذ حكمان - فيكون كحال الإضطرار وطروّ العنوان الثانوی.

فظهر أنه لا اختلاف بين المحقق والشيخ فی المسأله، لاختلاف الموضوع، وأن الإمام عليه السلام لا يجعل الواجب الكفائی عينيّاً بالعنوان الأوّلی.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۳۸.

۲- ۲) وهو قوله: وإذا علم الإمام أن بلداً خال من قاض لزمه أن يبعث له، ويأثم أهل البلد بالاتفاق علی منعه، ويحل قتالهم طلباً للإجابه .

۳- ۳) كتاب الخلاف ۶: ۲۰۹، المسأله ۲.

قال المحقق: « ولو لم يعلم به الإمام وجب أن يعرّف نفسه. . .» (۱).

أقول: علم الإمام علیه السلام بالأمور یکون فی ظرف إرادته وإشاءته لأن یعلم به (۲)، فعلم الإمام کبصر البصیر، ودلیل الوجوب فی حال عدم وجود غیره أن القضاء من باب الأمر بالمعروف، فیکون - بناء علیه - واجباً من باب المقدمه. . . وهذه العباره کالتمهید لقوله:

هل له أن يبذل مالاً ليلي القضاء؟

« وهل یجوز أن یبذل مالاً لیلی القضاء؟ قیل: لا، لأنه کالرشوه» (۳).

أقول: أما فی الحضور فلا مورد لهذا الفرع کما هو واضح، وأما فی زمن الغیبه حیث الأمر بید السلطان، ولا قاضی یقضی بالحق، فإن راجعه فاشترط علیه بذل مال، فهل له أن یبذله لتصدی ذلک لغرض الحکم بالحق وإجراء الأحکام الإلهیّه وأداء الواجب علیه؟

لا یبعد الجواز بل الوجوب مقدّمه للواجب، نظیر الضرائب التی تعینها الحکومات لأداء بعض الفرائض کالحج، حیث یجب دفعها مع الإمکان لأجل التمکن من أداء الواجب. هذا مع انحصار القاضی به، وإلا فلا وجوب.

ویشترط - علی أی حال - أن یثق من نفسه القیام بالحق والإلتزام بالأحکام، ولیس هذا رشوه ولا کالرشوه. نعم، یحرم هذا المال علی آخذه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۹.
۲- ۲) تدل علی ذلک النصوص الوارده عنهم علیهم السلام والمخرجه فی أصول الکافی فی الباب الذی عقده الشیخ الکلینی قدّس سرّه بنفس هذا العنوان.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۶۹.

المسأله الثالثه: (هل یجوز الرجوع إلی المفضول مع وجود الأفضل؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا وجد اثنان متفاوتان فی الفضیله مع استکمال الشرائط المعتبره فیهما، فإن قلّد الأفضل جاز» (۱).

أقول: لا خلاف ولا إشکال فی ذلک، وفی (الجواهر) (۲): وإن کان المفضول أورع، لأن الملاک - وهو العداله المانعه من الاقتحام فی المحرّمات وترک الواجبات - موجود فی کلیهما، والشرائط المعتبره متوفّره فیهما، والأعلم مقدّم علی غیره.

قال المحقق قدّس سرّه: « وهل یجوز العدول إلی المفضول؟ فیه تردّد، والوجه الجواز، لأن خلله ینجبر بنظر الإمام» .

أقول: وجه الجواز: اشتراک المفضول والأفضل معاً فی الأهلیّه، ولزوم العسر والحرج علی العامی فی معرفه الأفضل، وأن الصحابه کانوا یتصدّون لذلک من غیر توقف ولا إنکار، مع أنهم کانوا متفاوتین فی الفضیله، فکأنهم قد أجمعوا علی جواز ذلک.

وأجیب عن الأوّل: بأن الأهلیه لکلٍ منهما تجوّز التصدی وتوجب نفوذ

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۲.

الحكم، ولكن جواز رجوع المترافعين إلى المفضول مع وجود الأفضل أوّل الكلام.

وعن الثانی: بأنه إن كانت معرفه أصل الأهليّه ممكنه له، فإن معرفه الأعلميّه ممكنه أيضاً.

وعن الثالث: بأن الأصحاب الذين أعرضوا عن أمير المؤمنين عليه السلام - وهو الأفضل من جميع الجهات، وصاحب الولايه العظمی بنص من اللّه عز وجل ورسوله صلّی اللّه عليه وآله وسلّم - ليس عملهم حجه عندنا.

ووجه المنع: إنه مقتضی مقبوله عمر بن حنظله (١).

وفيه: إن هذا فی ظرف المعارضه، وأما فی غيره فلا دليل علی تقدّم قول الأعلم. بل يفهم من المقبوله نفسها أن لكليهما صلاحيه الحكم وأهليّته، وإنما حكم الإمام عليه السلام بتقدّم قول الأعلم لدی الاختلاف بينهما. ويشهد بهذا قوله عليه السلام فی معتبره أبی خديجه: « أنظروا إلی رجل منكم يعلم. . .» وإلا لقال من أوّل الأمر: . . . إلی رجل أعلم. . .

وأن الظن الحاصل من حكم الأفضل أقوی من الظن الحاصل من حكم المفضول، فيجب اتبّاعه بحكم العقل دونه.

---

١ - ١) إذ جاء فيها: « قال: فإن كان كلّ واحد اختار رجلًا من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين فی حقهما واختلفا فيما حكما وكلاهما اختلفا فی حديثكم؟ فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما فی الحديث وأورعهما، ولا يلتفت إلی ما يحكم به الآخر» قال فی المسالك (١٣: ٣٤٤) : إنها نص فی المطلوب. لكنه خدش فيها سنداً بقوله: لكن قد عرفت ما فی طريقها. فإن تم الاستدلال بها لانجبار ضعفها بالشهره فهی العمده وإلاّ فلا. أقول: لكن القرينه الداخليه المشتمله عليها هی المانعه عن الاستدلال بها للمدعی، كما ذكر سيّدنا الاستاذ دام بقاه.

وفيه: إن هذا أوّل الكلام، فربما يكون الظن الحاصل من حكم المفضول أقوى.

سلّمنا، ولكن ما الدليل الشرعى على تقدم ما يفيد الظن الأقوى؟ (۱).

وقد رتّب فى (المسالک) القولين على أن المقلد هل يجب عليه تقليد أعلم المجتهدين أم يتخير فى تقليد من شاء منهم؟

وفيه: أن الظاهر كون الملازمه من طرف واحد كما سيتضح ذلک قريباً، وكأن صاحب (الجواهر) قدّس سرّه وافقه على هذه الملازمه - وإن لم يصرّح بها - لاستدلاله بنفس هذه الأدلّه للقول بجواز العدول عن الأفضل، وإن أجاب عنها بعد ذلک بمثل ما تقدم منّا فى الجواب.

لكن ظاهر المحقق عدم القول بتلک الملازمه فإنه قال: « الوجه الجواز، لأن خلله ينجبر بنظر الإمام» وهذا يرتبط بحال حضور الإمام عليه السلام ونصبه للمفضول، ولاـ يفيد بالنسبه إلى حال الغيبه، فيكون فرض المسأله خالياً عن الثمره، ضروره أنه عليه الصلاه والسلام أعلم بما يفعل حينئذ، ولا يحقّ لنا أن نتكلّم عن جواز ذلک له وعدمه (۲).

۱- ۱) واستدل للمنع أيضاً بالإجماع المحكى عن بعضهم، قال فى مفتاح الكرامه بشرح قول العلامه: « ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع إليه حال الغيبه وإن كان المفضول أزهد» دليل هذا الحكم الإجماع الذى حكاه المرتضى فى ظاهر الذريعه والمحقق الثانى فى حواشى كتاب الجهاد من الشرائع. والجواب عنه: إنه موهون بتحقق الخلاف فى المسأله، وإن تم فهو إجماع مستند وليس بحجه لعدم كاشفيّته عن رأى المعصوم عليه السلام.

۲- ۲) أى لا ثمره فى أن نبحث عن جواز نصب الإمام القاضى المفضول وعدم جوازه مع وجود الأفضل، لكن مراد المحقق أنه يجوز العدول إليه والتحاكم لديه لو فعل الإمام عليه السلام ذلک، لأن خطأ هذا القاضى ينجبر بنظر الإمام الذى نصبه، وهذا المعنى هو ظاهر القواعد أيضاً حيث قال: ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع إليه حال الغيبه وان كان المفضول أزهد إذا تساويا فى الشرائط. أما حال ظهور الإمام عليه السلام فالأقرب جواز العدول إلى المفضول لأن خطأه ينجبر بنظر الإمام.

وفی (المستند) اختار الجواز، للأصل والإطلاقات (۱).

أقول: لم یتضح لنا مراده من « الأصل» ، لأن مورد الشک إن کان جواز التصدّی للمفضول وعدم جوازه، فلا ریب فی أن الأصل هو البراءه، وإن کان نفوذ حکم المفضول وعدم نفوذه، فلا ریب فی أن مقتضی الأصل عدم النفوذ.

وأما التمسک بإطلاقات الروایات، فلا بأس به، لأن الروایات الوارده فی الباب مطلقه، ففی احداها: «. . . یعلم شیئاً. . .» . وفی أخری: «. . . عرف أحکامنا ونظر فی حلالنا وحرامنا. .» .

لا یقال: إن هذه الاخبار فی مقام الردع عن الترافع إلی قضاه الجور والأمر بالترافع إلی قضاه الحق والعدل، فلا إطلاق فیها.

لأنا نقول: إن الراوی یسأل الإمام علیه السلام قائلًا: « فکیف یصنعان» ؟ فلو أراد الإمام خصوص الأعلم لبیّن ذلک، وإلّا لزم تأخیر البیان عن وقت الحاجه، لا- سیما مع التفات الراوی إلی الجهات المختلفه، وأنه لو اختلفا فکیف یصنع؟ ثم إن الراوی لم یسأل الإمام علیه السلام عن اشتراط الأعلمیه وعدمه، وهذا یشهد بفهمه الإطلاق من کلام الإمام علیه السلام.

أللهم إلا أن یدّعی تقییدها بما ورد فی ذیل المقبوله، وهو قوله علیه السلام «. . . أفقههما. . .» . لکن یجاب عن ذلک: بأنه ناظر إلی خصوص حال التعارض کما تقدّم، أی: إنها مقیده فی موردها لا بنحو الإطلاق، بمعنی أنه یقدم حکم الأفضل

۱- ۱) مستند الشیعه فی أحکام الشریعه ۱۷: ۴۶.

منهما لدى الاختلاف فقط.

وقال السيد قدّس سرّه: لا يبعد قوه هذا القول - يعنى: تقديم الأعلم - لكون الإطلاقات مقيده بالأخبار الدالّه على الرجوع إلى المرجّحات عند اختلاف الحاكمين، من الأفقهيه والأصدقيه والأعدليه، مع امكان دعوى عدم كونها إلاّ فى مقام بيان عدم جواز الرجوع إلى قضاه الجور فلا إطلاق فيها. . . .

ودعوى: أن مورد أخبار المرجحات التى هى العمده فى المقام خصوص صوره اختيار كلّ من المترافعين حاكماً أو صوره رضاهما بحكمين، فاختلفا، فلا دلاله فيها على وجوب الرجوع إلى الأعلم مطلقاً، مدفوعه: بأن الظاهر منها أن المدار على الأرجح عند التعارض مطلقاً، كما هو الحال فى الخبرين المتعارضين، بل فى صوره عدم العلم بالاختلاف أيضا، لوجوب الفحص عن المعارض، لكن هذا إذا كان مدرك الحكم هو الفتوى وكان الاختلاف فيها، بأن كانا مختلفين فى الحكم من جهه اختلاف الفتوى، وأما إذا كان أصل الحكم معلوماً وكان المرجع إثبات الحق بالبيّنه واليمين والجرح والتعديل ونحو ذلك، فلا دلاله فى الأخبار على تعيّن الأعلم (١).

أقول: فتكون الأقوال فى المسأله ثلاثه:

أحدها: تقدّم قول الأعلم مطلقاً.

والثاني: تقدّم قوله لدى الاختلاف.

والثالث: إنهما إذا رجعا إليهما فحكما بحكمين مختلفين قدّم قول الأعلم، وإلاّ فيجوز الرجوع إلى المفضول ابتداء حتى مع العلم أو احتمال الاختلاف بينهما فى الحكم.

١- ١) العروه الوثقى ٣: ٨ - ٩.

والروايات المقيده وارده فى مورد الترافع إلى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما، وهى غير متعرضه لصوره المراجعه ابتداء.

إلا أن يقال: إنه لماّ كان قول الأعلم هو المقـدّم، حكم الإمام عليه السـلام بتقـدّمه فى صوره التعارض، وإلّا لما حكم بـذلك فى تلك الصوره.

بل إن السـيد – رحمه اللّه – يقول بعدم جواز المراجعه إلى غير الأعلم لو لم يعلم بموافقه فتواه لقول الأعلم، لأن ذلك كالخبرين المتعارضين، حيث يجب الأخذ بالخبر الراجح منهما.

وعلى هذا، فيجب على المراجع إلى غير الأعلم مراجعه الأعلم من ذى قبل، فإن لم يجده مخالفاً لفتوى غيره جاز رجوعه إلى غير الأـعلم، ولكن هـذا المعنى يتوقف تمـاميّته على اسـتفادته من الأخبار وإلاّ فلا وجه له، ولعلّه من هنا قال فى (الجواهر) بمنعه كلّ المنع.

هذا، والتوسـعه فى الترافع وعدم وجوبه إلى الأفضل لا يلازم التوسـعه فى الفتوى، فهناك يكون رجوع الجاهل إلى العالم لغرض الوصول إلى الأحكـام الإـلهيّه، ويكون فتوى الأـعلم هنـاك أقرب إلى الواقع، أما هنا فإن اشتراط ذلك يؤدى إلى التضـييق على المكلّفين، فالتوسـعه هنا نظير التوسـعه فى مورد الشك أو الظن بنجاسه شـىء حيث تجرى أصاله الطهاره توسعه على الاُمه، ولأنه ليس الغرض هنا الوصول إلى الواقع فقط. وعلى هـذا الأساس يمكن أن يقال بنفوذ حكم غير الأعلم فى حق الأعلم إذا كان طرفاً فى النزاع وعـدم جواز الردّ عليه، لأـن الغرض فصـل الخصومه لاـ كون القضاء طريقاً إلى الواقع حتى يقال بوجوب الأخـذ بالقول الأقرب إليه.

ومما ذكرنا يظهر ما فى قولهم: إن قول الأعلم يفيد الظن الأقوى قياساً على

الـدليل فی مورد التعـارض، ففيه - كمـا تقـدم سابقـاً، لو سـلّمنا كون الظن الحاصـل من قول الأعلم أقوی - إنه ليس الغرض هنا تحصيل الواقع.

وكـذا قولهم: إن تقـديم المفضول علی الفاضل قبيـح، ولذا نقول بقبح تقدّم من تقدّم علی أمير المؤمنين عليه السـلام، لأن ذلک فی الإمـامه العـامّه والرئـاسه الكـبری، حيث الغرض منهـا إجراء الأحكـام الـواقعيّه والوصـول إلی الواقـع، لكن الغرض هنـا فصـل الخصومه وحسم النزاع، وقد اقتضت المصلحه التوسعه فيه فلا قبح.

ص:۷۶

المسأله الرابعه: (هل يجوز للقاضی الإستخلاف؟)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا أذن له الإمام فی الإستخلاف جاز. . .» (1).

أقول: یقع البحث عن ذلک تارهً فی زمن الحضور، وأخری فی زمن الغیبه.

أمّا بالنسبه إلی زمن الحضور، فإن نصب الإمام أحداً وأذن له فی الإستخلاف، فلا کلام فی الجواز، وإن صرح بالمنع فلا کلام فی عدمه، وإن أطلق، فإن کان هناک شاهد حال - مثلاً - علی الإذن فیه کإرسال الوالی إلی بلاد واسعه بحیث لا تضبطها الید الواحده فهو، وإلّا فلا (2).

ولا ثمره عملیه لنا فی البحث عن ذلک، نعم فیه ثمره علمیه، فقد ذکروا فی کتاب الوکاله أن کلّ ما اشترطت فیه المباشره شرعاً فلا یقبل الوکاله، وکلّ ما لم یشترط فیه ذلک جاز التوکیل فیه (3).

1- 1) شرائع الإسلام 4: 69.

2- 2) والدلیل علی ذلک هو أن الحکومه حق للإمام علیه السلام، فهو مسلّط علیها تسلط المالک علی ملکه، فله الإذن فی قیام غیره بها وله المنع، ومع إطلاقه یتوقف الجواز علی أماره تدل علی إذنه.

3- 3) فمن الأوّل: العبادات التی تعلق غرض الشارع بتحققّها من المکلف مباشره، ومن الثانی: البیع والطلاق ونحوهما من العقود والإیقاعات التی تعلّق غرضه بوقوعها، سواء کان المباشر المالک والزوج بأنفسهما أو غیرهما.

وجعل الإمام القاضى فى زمن الحضور، يدلّ على أن القضاء من الأمور القابله لقيام الغير بها ولا يشترط فيه المباشره، فيقع الكلام فى أن ذلك توكيل منه عليه السلام – أى: أن القاضى المنصوب من قبله إنما يقضى وكالةً عنه – أو أنه توليه منه له على الحكم، كما جعل الأب والجد له وليّاً على الصغير، فيجوز له التوكيل لغيره فى الأمور التى تخصه، كما يجوز له جعل الولى عليه بعد الموت ليقوم بأموره؟

إن كان جعله من باب الوكاله، تمّ ما ذكره المحقق قدّس سرّه، من أنه إذا أذن له فى الإستخلاف جاز، لأنه يكون حينئذ وكيلاً فى القضاء ووكيلاً ـ فى التوكيل فيه، وإن كان جعله من باب الولايه، فلا حاجه إلى الإذن فى استخلاف غيره للقضاء، فيجوز له استخلاف من كان واجداً للشرائط المعتبره فى القاضى، نظير من جعلت له الولايه فى أمور الصغير من قبل وليّه ليكون ولياً عليه بعد موته، فإنه يجوز له حينئذاک توكيل غيره فى القيام بالأمور من قبله.

وكذا الأمر بالنسبه إلى من عيّن لأجل القيام بأمور وقف من قبل حاكم الشرع، فإن كان وكيلًا فى ذلك، لم يجز له استخلاف غيره إلاـ مع الإذن الصريح أو شاهد الحال، ولو مات الحاكم بطلت وكالته، وأما إذا جعل الولاـيه له عليها، لم يجب عليه الإستيذان فى الإستخلاف، ولا معنى لأن يكون وليّاً بشرط المباشره، ولم تبطل بموت الحاكم.

فظهر أن ثمره البحث، أنه إن كان الجعل بنحو الوكاله، فعليه إحراز الإذن فى الإستخلاف، وإن كان بنحو الولايه فلا يجب.

هل القضاء قابل للوكاله؟

وأمّا بالنسبه إلى زمن الغيبه، فهل للفقيه أن يستخلف غيره إذناً أو وكاله أو

ولایه؟ فیه خلاف، فعن (جامع المقاصـد) : إن القضاء من الأمور القابله للتوکیل (۱)، ومال إلیه فی (الجواهر) ، وعن (المسالک) عدم الجواز (۲).

أقول: لا نصّ فی المسأله، ولا یمکن الجزم بوجوب المباشره فی القضاء أو بعدم وجوبها عن طریق دلیل آخر، فلابدّ من المراجعه إلی الأصل.

قال فی وکاله (الجواهر) (۳): إن المستفاد من کلمات الأصحاب کون الأصل جواز الوکاله فی کلّ شیء، ثم ذکر الأصل وعموم أدلّه الوکاله.

قلت: أما الأصل الذی ذکره - وهو عدم اشتراط المباشره فی القضاء - فإنه معارض بأصاله عدم ثبوت جواز القضاء بالوکاله، وما أفـاده فی الجواب من أن أصاله عـدم جریان الوکاله فیه منقطعه بمشـروعیه الوکاله، فمنـدفع بأن المشـروعیه لها موارد هی القـدر المتیقن من ذلک، وهناک موارد لا تجوز فیها الوکاله قطعاً، وموارد أخری أصل المشـروعیّه فیها مشـکوک فیه، فلا ینقطع أصاله عدم الوکاله بمشروعیّه الوکاله بنحو الإهمال، لأنه مع الشک فی أصل المشروعیه، فالأصل عدمها.

والحاصـل: إن المباشـره لیست من قیود المکلّف به، بل الحاکم بها هو العقل، وحینئـذ، لا یمکن رفعها بالأصل عنـد الشک، ولو سلّمنا جریانه، فالأصل عدم جواز توکیل الحاکم غیره فی أمر القضاء.

وأما الأدلّه العامّه، فإن إرجاع القاضـی أمر القضاء إلی المقلـد، إما یکون عن طریق جعل التولیه له، کما هو المشـهور بین الفقهاء من جواز ذلک للحاکم، کأن

۱- ۱) جامع المقاصد فی شرح القواعد ۸: ۲۱۷.
۲- ۲) مسالک الأفهام ۵: ۲۵۶.
۳- ۳) جواهر الکلام ۲۷: ۳۸۱.

يجعله متولّياً على موقوفه أو وليّاً على الصغار للقيام بأمورهم، وإما يكون عن طريق التوكيل بأن يوكله فى أمر القضاء، كما تجوز الوكاله فى أمور أخرى، كالبيع والطلاق ونحوهما.

لكن الولايه إن كانت من جهه أن لازم جعل الحكومه صلاحيّه الحاكم لتفويضها إلى غيره، فإن هذا يتوقف على استفاده هذه الناحيه من أدلّه الجعل وهى غير متحققه، لأن الإمام عليه السلام يذكر صفات القاضى « كالروايه» و « النظر» وغير ذلك، وهذا تحديد من الإمام، وكون القاضى متمكناً من جعل من ليس متصفاً بتلك الصفات، معناه أن تكون دائره صلاحيّته أوسع من الإمام، وهذا لا يقول به أحد.

ونحن فى التوليه على الأوقاف لا نقول بجواز توليه المتولّى غيره، لأن جعل الحاكم إيّاه متولّياً لا يستلزم جواز جعله غيره متولياً عليها بعد موته.

وإن كانت من جهه تنزيل الإمام الحاكم منزلته وإثبات الولايه العامه له، فله أن يجعل مقلّده كما للإمام عليه السلام أن ينصب للقضاء غير المجتهد، ففيه: أن الإمام قد تعرّض لأمر القضاء وللنصب له كلّاً على حده وانفراد، وهذا يدلّ على عدم شمول التنزيل لأمر القضاء وأنه لم يجعل القاضى نازلاً منزلته، ومع الشك فى جعل الولايه له على نصب غيره، فالأصل العدم كما هو واضح. فالحاصل: عدم تماميّه إرجاع أمر القضاء إلى المقلد عن طريق الولايه.

وأما الوكاله، فهى ثابته وجائزه فى كثير من العقود، ولكن ثبوتها فى القضاء يتوقف على وجود دليل خاص على جواز التوكيل فيه، أو دليل عام يدلّ على أن كلّ أمر يجب صدوره من المكلّف يجوز التوكيل فيه إلّا ما استثنى كالنذر واليمين ونحوهما. أمّا الدليل الخاص، فغير موجود، نعم، هناك دليل يمكن الاستدلال

بإطلاقه، وهو قوله علیه الصلاه والسّلام: « من وکّل رجلاً علی إمضاء أمر من الأمور فالوکاله ثابته أبداً حتی یعلمه بالخروج منها کما أعلمه بالدخول فیها» (۱).

وتقریب الإستدلال: إنه لا ریب فی أنه إذا لم یکن المتکلّم فی مقام بیان جههٍ من جهات الکلام لم یجز التمسک بالإطلاق بالنسبه إلیها، وهذه الروایه تدل علی مضی الوکاله فی کلّ أمر یجوز فیه التوکیل، وأن الوکاله باقیه حتی الإعلام بالعزل، ولیست فی مقام الدلاله علی صحه الوکاله بأی نحو کانت، إلا أنه قد یکون لتلک الجهه التی ینظر إلیها المتکلّم فی الکلام لازم فیجوز أن یتمسک بالکلام بالنظر إلی ذلک اللاّزم، مثلاً قوله تعالی: «. . . فَلَمْ تَجِدُوا مٰاءً فَتَیَمَّمُوا. . .»» (۲)فی مقام تشریع التیمّم عند فقدان الماء، فیجب علی فاقد الماء التیمم، ولکن یجوز التمسک بإطلاق « الماء» فیها - بأن یقال المراد عدم وجدان مطلق ما یصدق علیه الماء - وإن لم تکن الآیه الکریمه ناظره إلی هذا الحیث، لأن لازم تشریع التیمم بیان أنه متی یجب التیمم، فکان لنا أنْ نقول: إن الآیه بإطلاقها تدل علی أنه متی لم یوجد ما یصدق علیه الماء یجب التیمم.

وهنا کذلک، فإن الإمام علیه السلام فی مقام بیان أن الوکاله إذا ثبتت، کان عمل الوکیل فی ما وکّل فیه ماضیاً حتی یعلمه بالعزل، ولکنه قال قبل ذلک « علی إمضاء أمر من الأمور» ولازم هذا جواز الوکاله فی کلّ أمر لم یقم دلیل علی عدم

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۹: ۱۶۱/۱. أبواب الوکاله، الباب ۱: « محمد بن علی بن الحسین بإسناده عن معاویه ابن وهب وجابر بن یزید جمیعاً عن أبی عبد اللّه علیه السلام أنه قال: من وکّل. . . محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن علی بن محبوب عن محمد بن خالد الطیالسی عن عمرو بن شمر عن جابر بن یزید ومعاویه بن وهب جمیعاً مثله»

۲- ۲) سوره النساء ۴: ۴۳.

جوازها فيه، وإلاـ لبيّن ذلك فى نفس الكلام، فيجوز التمسك بإطلاق هـذا الكلام، بأن يقال بجواز الوكاله فى القضاء، لأنه أمر من الأمور عند العرف، ولم يقم دليل شرعى على عدم قابليّه القضاء للوكاله.

فالظاهر تماميّه هـذا الإطلاق وأنه لاـ مانع من التمسك به (١)إلاـ إذا قيل: بأن القضاء من الأمور التى يعتبر فيها أهل العرف المباشره، ولا يقبل التوكيل عندهم، لكن مذهب جماعه من الأصحاب صحه الوكاله فيه، ووجه المنع عند غيرهم عدم تماميه الإطلاق لا عدم القابليه عرفاً.

هذا، وقد جوّز بعض المانعين التوكيل فى مقدمات الحكم، كاستماع الشهاده والتحليف، وأشكل عليه فى (الجواهر) (٢)بأنه إذا كان استماع الشهاده قابلًا للوكاله فالحكم بالأولويّه. ووجه ذلك ما ذكرناه سابقاً من أن أهل العرف يقسّمون الأمور إلى ما يقبل الوكاله و مالا يقبلها، فمن الأوّل: البيع والشراء، ومن الثانى: الأكل والشرب، فصاحب (الجواهر) يقول: إنه إن جازت الوكاله فى استماع الشهاده والتحليف - مع أن الحاكم نفسه هو المكلّف باستماعها وبتحليف المنكر - كانت جائزه فى نفس الحكم بالأولويه.

والصحيح: أن كلّ أمر كان للوكاله عرفيه فيه ولا منع من قبل الشرع، كان مشمولاً ل « الأمور» فى الروايه المذكوره، واللّه العالم.

ص:٨٢

١- ١) كما أجاز فى العروه التمسك بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه بدعوى شموله للوكاله، بناءًعلى أن المراد من الوفاء بالعقود هو العمل بمقتضاها، إن لازماً فلازماً وإن جائزاً فجائزاً.

٢- ٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٨١ - ٣٨٢.

المسأله الخامسه: (فی حکم ارتزاق القاضی من بیت المال)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ولی من لا یتعیّن علیه القضاء، فإن کان له کفایه من ماله، فالأفضل أن لا یطلب الرزق من بیت المال (۱)، ولو طلب جاز، لأنه من المصالح، وإن تعیّن علیه القضاء ولم یکن له کفایه، جاز له أخذ الرزق، وإن کان له کفایه قیل: لایجوز له أخذ الرزق، لأنه یؤدّی فرضاً» (۲).

أقول: إرتزاق القاضی من بیت المال إن لم یکن له کفایه من ماله جائز، سواء کان القضاء متعیّناً علیه أولا، فله أخذ مؤنته من بیت المال، والحاکم یعطیه منه لا بعنوان الاجره علی القضاء، بل بعنوان أن ذلک من مصالح المسلمین التی أعدّ لها بیت المال. وإن کان عنده ما یکفی المؤنه، فأخذه من بیت المال یکون قهراً بعنوان

۱- ۱) المراد من بیت المال - کما یستفاد من کلمات الفقهاء - هو البیت الذی یجمع فیه ما یشترک فیه جمیع المسلمین من الأموال ویصرف فی مصالح جمیعهم کبناء المسجد ونحو ذلک، وأما ما یجمع فیه الزکاه والخمس وغیرهما مما یکون مختصاً بطائفه منهم، فلا یکون من بیت المال فی شیء ولا یجوز صرف ذلک فی المصالح العامه بل یعطی لمستحقیه. فما یظهر من بعض من أن المراد هو الأعم لیس علی ما ینبغی - قاله المحقق الآشتیانی (کتاب القضاء: ۲۵) .

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۶۹.

الاجره علی القضاء، فیدخل فی مبحث (۱)جواز أخذ الاجره علی الواجبات وعدم جوازه، فنقول:

موجز الکلام فی أخذ الاجره علی الواجبات:

إن العمل الذی یقوم به الإنسان المکلّف تارهً یکون ذا منفعه وأخری یکون بلا منفعه، فإن کان بلا منفعه، فلا معنی لأن یطالب بالعوض، سواء کان واجباً أو لا؛ وإن کان العمل الذی یقوم به لغیره ذا منفعه له، جاز له المطالبهبالعوض منه فی صوره عدم منافاه أخذ العوض للعمل المطلوب منه الإتیان به، فلو أمره زید بالخروج للصّلاه علی میّت فطالبه بشیء فی مقابل امتثاله - الذی أثره لزید سقوط خروجه إلیها وقد کان واجباً علیه کذلک - جاز، ولکنه یتنافی مع قصد القربه المعتبر فی الصّلاه علی المیت، فیشکل أخذ الأجره علی فعله هذا، إلّابأن یتصور إیجاد الداعی إلی الداعی، نظیر ما إذا أعطی مالاً لغیره لأجل أن یطیع أمر زید بالقیام بعمل، فإن قام بالعمل إطاعه لزید جاز أخذ الأجره وإن کان لا بقصد ذلک لم یجز، وحینئذ، فلو أعطاه مالاً لأن یطیع اللّه ویمتثل أوامره، فإن اعتبر قصد القربه فی العمل لم یجز له الأخذ، لعدم صلاحیه هذا العمل للمقربیّه، وإن قلنا بأن کونه داعیاً إلی الداعی لا یضرّ بقصد القربه وأنه یکفی کون الأمر الإلهی هو الداعی، ولا

---

۱ - ۱) محصّل کلام سیدنا الأستاذ هو دخوله فی هذا البحث فیما إذا کان له کفایه من ماله فی کلا الصورتین: تولیه القضاء بعنوان الواجب الکفائی، وتولیه بعنوان الواجب العینی بتعیین الإمام علیه السلام أو لعدم وجود غیره، خلافاً للمحقق، حیث جوز له الأخذ من بیت المال فی الصوره الأولی - وإن جعل الأفضل الترک - وقال بالنسبه إلی الثانیه: قیل لا یجوز له أخذ الرزق لأنه یؤدی فرضاً.

يضرّ فی ذلک وجود واسطه دنیویه تدعو إلیه، جاز له أخذ الأجره علی العمل.

وفصّل بعضهم الداعی الراجع نفعه إلی الفاعل، بین ما إذا کان منفعه من اللّه سبحانه، فلا یضرّ بالقصد، وإلاّ لما کان لذکر الأجور التی فی القرآن للذین آمنوا وعملوا الصالحات وجه، وإن کان منفعه من غیره عزّوجل فیضرّ بالقصد.

هذا، وفرق بین الواجب التعبّدی والواجب التوصّلی، ففی التوصّلی، یمکن أن یوجب الشارع أصل العمل وأن لا یمنع من أخذ الأجره علیه کسائر الصنائع والحرف، فإنها واجبات توصلیّه ویجوز أخذ الأجره علیها، لکن قیل: هذا ما دام الوجوب فیه کفائیاً، وأما إذا کان عینیّاً، فلا یجوز، فلو انحصر الطبیب فی واحد، کان معالجه المرضی واجباً عینیاً بالنسبه إلیه، لوجوب حفظ النفوس المحترمه، فلا یجوز له أخذ الاجره، ومن هنا کان الأطباء المتدینون سابقاً یتقاضون الأجور عوضاً عن الحضور لدی المرضی، ویعبّرون عن ذلک ب « حق القدم» .

وظاهر قول العلّامه فی (القواعد) : « ویجوز أخذ الأجره علی عقد النکاح ویحرم الأجر علی الإمامه والشهاده وأدائها» (1)هو أن الواجب المعین لا یجوز أخذ الأجره علیه. وقال فی إجاره (القواعد) (2)« هل یجوز علی تعلیم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب» أی: إذا کان واجباً عینیّاً « والجواز لا معه» أی: لا مع الوجوب العینی وکونه کفائیاً.

وفصّل الفخر فی (الإیضاح) (3)بین ما یشترط فیه القربه فلا یجوز کالصّلاه علی المیت، وما لا یشترط فیجوز. . . .

1- 1) قواعد الأحکام 2: 10.

2- 2) قواعد الأحکام 2: 294.

3- 3) إیضاح الفوائد فی شرح القواعد 2: 264.

وفی (جامع المقاصد) (۱)معلّقاً علی « هل یجوز» من عباره القواعـد المزبوره: « إن کان واجباً علی المعلّم والمتعلّم عیناً أو کفایه لم یجز أخـذ الأـجره علیه، لأـن المعلّم مـأخوذ بالتعلیم ومؤدیه، فیمتنع أخـذ الأجره کسائر الواجبات» وتّنظر فی کلام الفخر قائلًا: بأن الوجوب مطلقاً مانع عن أخذ الأجره علیه کما تقدم فی کتاب التجاره، وهو صـریح کلام الأصحاب، وما ذکره من الجواز إذا لم یکن الواجب مشروطاً بالنیّه، مخالف لما علیه الأصحاب» .

أقول: أمـا الکفـائی، فسـیأتی الکلاـم علیه، وأمـا العینی - توصـلیّاً کـان أو تعبـدیّاً - فوجه المنع من أخـذ الأجره علیه هو أن أخذ الأـجره إنمـا یصـحّ حـال کونه مالکـاً لمـا یعطیه فی مقابـل الأـجر، فلاـ مانع من أن یملک الإنسان ما یملکه عیناً أو عملاً ویأخذ العوض، ولذا لا یجوز له أن یؤجر نفسه لثالث فی ذلک الزمان المعین أو العمل المعین، وأمّا إذا کان العمل واجباً علیه شـرعاً ولا یجوز له ترکه، فإنه لا یملک ذاک العمل، بل علیه القیام به وتسـلیمه للّه، وحیث لا یملکه بل کان ملکاً للّه سـبحانه، فلا قـدره له علی أن یملّکـه الغیر، سـواء کـان تعبـدیّاً أو توصـلیّاً، وأضـاف فی (الجـواهر) بـأنه لـو أخـذ عوضـاً عنـه لزم الجمع بیـن العـوض والمعوّض، لکن الأولی أن یقال: بأنه عوض بلا معوض فهو آکل للمال بالباطل.

وفی الواجب الکفـائی، قـد صـرّح الأـکثر بـأنه لو تعیّن بالانحصار لم یجز أخـذ الأجره علیه، وإلّا جاز، لقـدرته علی الترک، لکن الواجب الکفائی - عندنا - یتعلّق بالمکلّفین، أی بکلّ واحد منهم کالواجب العینی سواء کان عبادیاً أو لا، والفرق

۱- ۱) جامع المقاصد فی شرح القواعد ۷: ۱۸۱.

بينهما حينئذ: أن العينى لا يسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائى، فإنه يسقط بقيام الغير به بحكم العقل، وعليه، فقبل قيام أحد المكلّفين بالواجب، لا يملك أحد منهم العمل فلا يجوز له أخذ الأجره عليه، لكونه أكلًا للمال بالباطل، فظهر أنه لا فرق بين الواجب الكفائى المتعيّن وغيره فى عدم جواز أخذ الأجره.

وذهب جماعه من الأصحاب إلى جواز أخذ الأجره، وقالوا فى وجه الجواز: بأن هذه الأعمال صالحه لأن تقع عليها المعامله - بقطع النظر عن الوجوب - لأن لها ماليّه ويبذل بأزائها المال لرفع الحاجه، ويجوز أخذ المال فى مقابلها لأنها مملوكه لأصحابها، ومع الوجوب يكون للمسأله وجوه: أحدها: وجوب العمل مجّاناً، والثانى: وجوب العمل مع جواز أخذ الأجره، وقد يجب الأخذ للإنفاق على من يجب الإنفاق عليه، والثالث: وجوب العمل مع الخيار فى أمر أخذ الأجره عليه.

قالوا: ولا منافاه بين الوجوب وأخذ الأجره على العمل، نعم لو صرّح بوجوب الإتيان به مجاناً لم يجز، وأما مع عدم التصريح أو التصريح بالإختيار أو وجوب الأخذ للإنفاق الواجب مثلًا أخذ، وذلك لا ينافى وجوب العمل، ومع الشك فى اشتراط المجانيه فى هذا الواجب وعدمه كان له الأخذ كذلك، جمعاً بين دليل وجوب العمل ودليل حرمه عمل المسلم، لما تقدم من عدم المنافاه.

واختار السيّد فى (العروه) (۱)الجواز مطلقاً (۲)قال: « للأصل والإطلاقات

۱- ۱) العروه الوثقى ۳: ۱۹.

۲ - ۲) أي: بعد أن ذكر الأقوال فى المسأله، ولا بأس بإيراد نصّ عبارته: « اختلفوا فى جواز أخذ الأجره على القضاء من المتخاصمين، أو أحدهما أو غيرهما، مطلقاً أو مع الضروره أو مع عدم التعين عليه أو مع الأمرين، وعدم جوازه مطلقاً على أقوال، فعن جماعه الجواز مطلقاً كما حكى عن القواعد والنهايه والقاضى وعن المفاتيح نقله عن بعضهم، وعن شرحه إسناد جواز الأخذ إلى المشهور وظاهره إطلاق الجواز، وعن جماعه المنع مطلقاً، بل عن المبسوط أنه قال: عندنا لا يجوز بحال، وظاهره الإجماع عليه، وعن المعتمد الإجماع عليه مع عدم الحاجه، وعن الكفايه نفى الخلاف فيه مع وجود الكفايه فى بيت المال قال: ومع عدمها ووجود الحاجه قولان أشهرهما المنع، وكذا عن المسالك، وعن بعضهم الجواز مع عدم التعين والضروره ومع التعين والكفايه لا يجوز قولاً واحداً، وفى المستند دعوى ظهور الإجماع على عدم الجواز مع الكفايه» .

وعـدم الـدليل على المنع، سوى دعوى الإجماع والشـهره أو عدم الخلاف، ولا حجيّه فى شـىء منها، لا سـيما مع ما مرّ من وجود الخلاـف بـل دعوى الشـهره على الجواز، وسوى مـا هو المشـهور المـدّعى عليه الإجمـاع من المحقق الثـانى من عـدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، وقـد بيّن فى محلّه عـدم الـدليل عليه، لمنع الإجماع - مع أن القـدر المتيقن منه على فرضه الواجب العينى التعينى التعبّدى - ولضعف سائر ما استدلوا به عليه» .

وقد استدلّ على المنع بوجوه:

منها: إنه مناف لقصد القربه.

وفيه: إنه يختص بالتعبّـدى ولا يشـمل التوصّـلى، وهل القضاء من التعبدّيات أو التوصـليّات؟ إن نتيجه القضاء كنتيجه الطّهاره من الخبث، فكمـا أن الطهاره من الخبث حصولها لا يتوقف على قصـد القربه، فإن أثر القضاء هو فصل الخصومه وهو يتحقق من غير حـاجه إلى قصـد القربه، فكون القضـاء من التعبـديّات غير معلوم، إلاـ أن يقوم دليـل على اعتبـار قصـد القربه فيه حـتى مع تحقق الغرض منه بدونه.

وقد اختلفوا فى العبادات، هل يكفى فيها قصد امتثال الأمر أو لابدّ من قصد

القربه أيضاً؟

وقصـد الإمتثال يكون على أنحاء، تاره: يعبـد اللّه ويمتثل أوامره لأنه خالقه ورازقه، وأخرى: يعبده ويطيعه خوفاً من عذابه، وثالثه: طمعاً فى جنّته، ورابعه: طلباً للمزيد من فضله. . ونحو ذلك، وقد يعبد اللّه تعالى لأنه أهل للعباده، وتلك عباده أمير المؤمنين عليه السلام والأئمه المعصومين عليهم السلام.

فـإن كـان المعتبر عـدم وجود شـىء من الـدواعى النفسـانيه والامـور المـاديه، كـان الأخـذ منافيـاً ولم يكن عمله مقرّبـاً ومسـقطاً للتكليف، وإن كـان المعتبر الإمتثـال والقيام بالعمل وتحققه فى الخارج - وإن كان الـدّاعى إليه هو الاُجره - جاز أخـذها، وكأنه يأخذ الأجر على إطاعه اللّه وامتثاله، لكن المانعين لا يصححون الداعى إلى الداعى، فأما الإمتثال خوفاً فغير مضر.

ومنهـا: التنافى بين الوجوب وأخـذ الاجره، لأن إيجاب العمل مقتضاه سـلب اختيار العبـد فى العمل وإلغاء ملكيتّه له، فهو ليس له حتى يأخـذ شـيئاً بأزائه أو لا يأخذ، بل إن العمل حينئذ يوجد فى الخارج مملوكاً للّه، وهذا نظير ما إذا كان أجيراً لزيد فى خياطه مثلاً، فإنه لا يجوز له أن يملّك نفس هذه الخياطه لعمرو.

وأجاب عنه السـيد قدّس سرّه (١)بعـد قوله: « إنه مختص بـالواجب العينى» بوجهين أحـدهما: « منع كون الوجوب من اللّه تعـالى موجباً للملكيه نظير الملكيّه للناس» .

وتوضيحه: إن الإيجاب لا يوجب سلب ملكيه الإنسان لعمله، فمثلاً عندما ينذر دفع كذا من المال فى سبيل اللّه، يجب عليه ذلك عند تحقق مطلوبه، لكن ذلك

١- ١) العروه الوثقى ٣: ١٩.

لا يخرجه عن ملكه، فلو باعه كان البيع صحيحاً وضعاً، فالوجوب التكليفى لا يقتضى سلب الملكيه، وكذلك العمل إن وجب لا يخرج عن ملك العبد.

والثاني: « لا مانع من اجتماع المالكين إذا كان إحدى الملكيتين فى طول الاُخرى، فإن اللّه تعالى مالك لذلك الفعل والمستأجر أيضاً مالك له لكن لا لنفسه بل للّه تعالى» .

وتوضيحه: إن سلّمنا كون الفعل ملكاً للّه، فإنه لو كانت ملكيته عرضيه ورد الإشكال بأنهما لا يجتمعان، لأن اعتبار الملكيتين كذلك غير معقول، لكن إحدى الملكيتين فى طول الاُخرى، نظير ملكيه العبد التى هى فى طول ملكيه مولاه، فإنه يملك ما وهب مثلاً ـ لكنه مع ما فى يده لمولاه، كما أن العقلاء يعتبرون الملكيه لما يحصل من الطرق المعيّنه، والشارع قد أمضى هذه الملكيه ووافق على هذا الإعتبار إلّا بالنسبه إلى أشياء مخصوصه كالخمر والخنزير، وبالنسبه إلى طرق معيّنه كالمنابذه والربا، بل الملكيه من ضروريات جميع الأديان. مع أن اللّه عز وجل مالك السماوات والأرضين، وسنخ ملكه للأشياء غير سنخ ملكيتنا لها، إلّا فى المورد الذى جعل هو سنخ ملكيتنا لنفسه، حيث قال تعالى فى آيه الخمس: «وَ اِعْلَمُوا أَنَّمٰا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّٰهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي اَلْقُرْبىٰ وَ اَلْيَتٰامىٰ وَ اَلْمَسٰاكِينِ وَ اِبْنِ اَلسَّبِيلِ» (1)الآيه.

والحاصل: إن الملكيه الطوليّه موجوده للعبد بالنسبه إلى ماله وعمله وهى ممضاه من قبل اللّه سبحانه، فيجوز له بيع ماله وعمله وأخذ العوض، وإن كان هو وما يملكه للّه تعالى.

١- ١) سوره الأنفال ٨: ٤١.

أقول: هـذا توضيـح الجواب وتقريبه، فأمّا أن يقال بأن ذات العمل الواجب للّه، وأنه عندما يؤجر الشـخص نفسه لهذا العمل يؤجر نفسه لإيجاده موصوفاً بكونه للّه ويأخذ الأجر عليه، فغير واضح، لعدم اعتبار ملكيّه ما كان موصوفاً بكونه للّه لأحد عرفاً.

ومنهـا: إن أخـذ المال على الفعل الواجب أكل للمال بالباطل، والعقلاء لا يعتبرون الملكيه فى هـذه الصوره، لأن الإلزام الشـرعى كالإلزام الطبيعى.

وأجاب السـيد قـدّس سـرّه عنه بوجهين، أحدهما: اختصاصه بالواجب العينى التعيينى، والثانى: إمكان أن يكون للمسـتأجر غرض عقلائى فى ذلک، لا أقل من حبّ كون معبوده مطاعاً.

ومنهـا: إن أخـذ الأُـجره على الواجب معناه توقيف الواجب على شـرط، ولا يجوز توقيف الواجب على شـرط بل يجب الإتيان به مطلقاً.

وأجاب: بأن هذا الإشـكال يتوجه فيما إذا جاء بالفعل فى مقام العمل مشروطاً، وأما إذا جاء به بنحو الإطلاق وقصد ذات العمل - لا العمل الذى كان بأزائه كذا - فلا مانع.

على أن هذا - لو تمّ - يتمشى فى التعبديّات فقط.

ما ورد فى خصوص القضاء:

ثم إنه قد وردت نصوص عديده فى خصوص أخذ الأُجره على القضاء:

كالصـحيحه التى رواها فى (الوسائل) عن عبد اللّه بن سـنان قال: « سـئل أبو عبد اللّه عليه السـلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق.

فقال علیه السلام: ذلک السحت» (۱).

أقول: فهل إنه « سحت» لأن السلطان حاکم جور أو أنه سحت لأنه فی مقابل القضاء؟ وجهان، قال السید: إن ظاهره خلاف الإجماع، فإنه لا مانع من ارتزاقه من بیت المال. أی: فلابدّ من حمل الروایه علی الوجه الأوّل، إلّاأن ظاهر « علی القضاء» هو الوجه الثانی. علی أنه إن کان من جهه کون السلطان جائراً، فإن للإمام علیه السلام الولایه علی الإذن فی القضاء فی سلطنه السلطان الجائر.

وکالصحیحه عن الشیخ الصّدوق فی (الخصال) عن عمار بن مروان قال: قال أبو عبداللّه علیه السلام: « کلّ شیء غلّ من الإمام فهو سحت، والسّحت أنواع کثیره، منها ما أُصیب من أعمال الولاه الظلمه، ومنها أجور القضاه، وأجور الفواجر، وثمن الخمر والنبیذ المسکر، والرّبا بعد البیّنه. فأمّا الرشا - یا عمّار - فی الأحکام، فإن ذلک الکفر باللّه العظیم وبرسوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم» (۲).

فقال المانعون: بأن الصحیحه هذه ظاهره فی أن المراد من « أجور القضاه» فیها ما یأخذه القضاه فی مقابل القضاء، وإن لم یکن ما یأخذونه من « الولاه الظلمه» ، کأن یأخذوا من المتخاصمین مثلاً، فیکون ذلک من « السحت» کأجور الفواحش وثمن الخمر. . . .

وأجاب المجوّزون - کالسیّد قدّس سرّه (۳)- بأن الظاهر أنها ناظره إلی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۲۱/۱. أبواب صفات القاضی، الباب ۸.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۹۵/۱۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۵.

۳- ۳) العروه الوثقی ۳: ۲۰ - ۲۱.

الاـجور التی کـان القضـاه یأخـذونها من « الولاه الظلمه» ، فأجورهم إن کانت مما أَصـیب من أولئک فهی سـحت، لا مطلقاً، من جهه أن الظاهر کون الضمیر فی « ومنها» راجعاً إلی « ما» فی « ما أُصیب» فتکون الحرمه من هذا الحیث.

أقول: والظاهر أنه إن کان هـذا الضـمیر راجعاً إلی ما ذکر، لجاء بلفظ المـذکر لا المؤنث، فما ذکره خلاف الظاهر، ومجرّد عـدم تکرار « منها» لکلّ واحد من الأنواع لا یکون دلیلًا علی ما ذکر. وبالجمله:

إن « أجور القضاه» قسیم ل « ما أُصیب من أعمال الولاه الظلمه» ، فظهورها فی حرمه أخذ الاجره علی القضاء تام.

نعم، لاـ تـدلّ علی حرمه الإرتزاق من بیت المال لا بعنوان الأجر، ولا سـیما مع الحاجه والضـروره، فإن ذلک لا مانع منه، ویکون القاضـی حینئذ کسائر العمال، لکن لا بمعنی کون ذلک فی مقابل العمل « القضاء» بل یکون نظیر تحصـیل الطلّاب للعلوم الدینیه قربه إلی اللّه تعالی، مع أن الحاکم الشـرعی یرزقهم من بیت المال، ولقد کان رسول اللّه صـلّی اللّه علیه وآله وسلّم یقسّم الغنائم علی من اشترک فی الحروب والغزوات، ویعطی کلّاً حسب جهده ومقامه. . . لکن لا بعنوان العوض» (۱).

قال المحقق: « أمّا لو أخذ الجعل من المتحاکمین، ففیه خلاف. . .» (۲).

أقول: وبناءاً علی الجواز، فهل له أن یأخـذه من المـدّعی أو المحکوم له أو المتخاصـمین معاً؟ إن کان بعنوان الأجر فهو إما جعل وإما إجاره، وحینئذ، یجب دفعه علی الجاعل أو المستأجر، وإن کان قد قضی ولم یقصد کونه مجّاناً ضمن

۱- ۱) واختـار فی مبانی تکمله المنهاج (۱: ۵) الجواز واسـتدل علیه بقول أمیر المؤمنین علیه السلام فی عهده إلی مالک الأشتر رضـی اللّه عنه: « وأکثر تعاهد قضاتک وافسح له بالبذل ما یزیح علّته وتقل معه حاجته إلی الناس» قال: وطریق الشـیخ إلی عهده علیه السلام إلی مالک الأشتر معتبر.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۶۹.

أجره، فهل يضمنه المحكوم له لأنه المنتفع بحكمه، أو كلاهما لأنه قد عمل للمحكوم عليه أيضاً وعمله محترم، ولا يشترط فی وجوب دفع العوض وجود المنفعه؟ وجهان.

هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟

قال المحقق: « أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجره. . .» (۱).

أقول: لا إشكال فی حرمه أخذ الأجره على الشاهد، بناءاً على حرمه أخذ الأجره على الواجبات مطلقاً، لأن الشهاده واجبه عليه، فيكون الشاهد كالقاضی فی حرمه الأخذ بناءاً عليه بلا ـ فرق بينهما، فلا وجه لأن يكون أخذ الأجره عليها أشدّ حرمه منه على القضاء. نعم، يحصل الفرق فيما إذا كان الوجوب على الشاهد عينياً والقضاء كفائياً.

وهل يجوز أخذها على تحمّل الشهاده؟ قال فی (الجواهر) : قد يقال بجواز الأخذ عليه مع عدم تعينه عليه، لكن الأولى تركه (۲).

وهل يجوز أخذها على مقدّمات أداء الشهاده؟ وجهان، من أن الواجب إقامه الشهاده لا تحصيل المقدمات، ومن أن الشهاده واجبه وتحصيل مقدماتها مقدّمه للواجب فهو واجب، فلا يجوز أخذ شیء فی مقابل مقدّمه الشهاده.

أقول: أداء الشهاده من الواجبات البدنيه لا الماليه، فلا يجب عليه بذل المال لتحصيل المقدمات المتوقف عليها أداء الشهاده، كأجره السيّاره التی تقلّه إلی بلد

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۹.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۵۴.

آخر، لأجل الحضور فى مجلس الشهاده والقضاء مثلًا، إلّا أن يقال بوجوبها عليه حتى مع بذل ما يلزم من المال فى سبيلها.

قال المحقق: « ويجوز للمؤذّن والقاسم وكاتب القاضى والمترجم وصاحب الديوان ووالى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعدّ للمصالح، وكذا من يكيل للناس ويزن ومن يعلّم الآداب والسنن» (۱).

أقول: الأمر فى ذلك كلّه واضح بعد ما ذكرنا. واللّه العالم.

ص:۹۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۶۹.

المسأله السادسه: (فی طریق ثبوت ولایه القاضی)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « تثبت ولایه القاضی بالإستفاضه» (۱).

أقول: لم یتعرّض رحمه اللّه لثبوت ولایه القاضی بالعلم والبیّنه، لأن ثبوتها بهما لا ریب فیه (۲)، فالولایه تثبت بشهاده عدلین بها وإن لم یحکم بها حاکم، کما فی (المسالک) وغیرها، فتکون نظیر الإجتهاد، فإنهم ذکروا أن الإجتهاد والأهلیّه للمرجعیّه فی الأحکام الشرعیّه تثبت بشهاده عدلین من أهل الخبره، من دون توقف علی حکم مجتهد آخر بها، لإطلاق أدلّه البیّنه الشامل للمورد. نعم، لو أنکر منکر ولایه القاضی مدّعیاً عدم نصب الحاکم إیاه للقضاء، أو أنکر اجتهاده - بناءاً علی اشتراطه فیه - وقعت المرافعه، وتوقف ثبوت الولایه علی حکم الحاکم فیها حینئذ.

وحیث لا علم ولا بیّنه، تثبت ولایه القاضی بالإستفاضه، ومع عدم ثبوتها فلا یجوز الترافع عنده والتحاکم إلیه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۰.

۲- ۲) ولعلّه لهذا السبب أیضاً لم یتعرض « لثبوتها بسماع التولیه من الإمام علیه السلام نفسه، وبإقراره علیه السلام بها، وبحکم الحاکم بها بناءاً علی ثبوتها به.

وهل المراد من الإستفاضه الخبر المفيد للعلم، أو الشياع المفيد للظن المتاخم للعلم، أو يكفى فى صدقه إفادته للظن؟

فى (المسالك) : هى إخبار جماعه، لا يجمعهم داعيه التواطى عاده، يحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم، على ما يقتضيه كلام المصنف هنا، أو الظن الغالب المقارب له على قول (١).

وفى (الجواهر) (٢)فسّر الإستفاضه بالشياع الذى يحصل غالباً منه سكون النفس واطمئنانها بمضمونه، قال: بل لعلّ ذلك هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعاً أو حكماً.

فإن أراد المحقق الشياع المفيد للظن، كان نظير خبر الواحد والبيّنه، غير أنه فى البيّنه يشترط العداله والعلم الحسى بالموضوع وغير ذلك ولا يشترط ذلك فى المستفيض، فلو جاء جماعه - فيهم الكبير والصغير والمسلم وغير المسلم - بنبأ، أفاد المجموع الظن وإن لم يفد كلّ واحد من الأخبار الظن بوحده.

والظاهر: أن المحقق لا يريد ما ذكر فى (المسالك) و (الجواهر) ، لأن إرادته ما يفيد العلم أو ما كان كالعلم بعيده، بعد أن لم يتعرّض للعلم والبينه فى طريق ثبوت الولايه، فكأنه يريد أن ثبوت ذلك بالعلم أو الاطمينان مسلّم، ولذا تعرّض للإستفاضه غير المفيده لأحدهما رأساً. . . بل الظاهر: أن مراده من الإستفاضه هو الشياع المفيد للظن، فهو الحجه فى ثبوت الولايه للقاضى (٣).

ص:٩٧

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥١.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٥.

٣- ٣) الإستفاضه من: فاض الماء يفيض فيضاً وفيضاناً بمعنى « كثر» ، فإذن، يعتبر فى الخبر المستفيض تكثر رواته، ولذا عبّر فى المسالك بأنها إخبار جماعه، وفى الجواهر بالشياع. ثم اختلفت كلماتهم فى حدّ هذه الكثره المعتبره. وقد يستظهر من عباره المسالك ونحوها اعتبار اتحاد لفظ جميع المخبرين فى صدق « المستفيض» على خبرهم، بخلاف عباره الجواهر ونحوها، فإنها ظاهره فى تحقق صدقه باتّحاد المعنى وإن تعدّدت الألفاظ. ثم هل المعتبر فى الخبر المستفيض حصول العلم بمضمون الخبر أو الظن الغالب المتاخم للعلم أو مطلق الظن؟ أقوال، قد عرفت نسبه الشهيد الثانى الأوّل إلى المحقق ولكنها غير تامه وقد قال رحمه اللّه فى آخر المسأله: وسيأتى رجوع المصنّف عن الجزم باعتبار العلم إلى الإكتفاء بمتاخمه على تردّد فيه، وعلى القولين الآخرين يكون الخبر المستفيض من أخبار الآحاد، ويؤيّد ذلك قول الأصحاب فى الكتب الفقهيه: هذا الخبر مستفيض بل متواتر.

ولعلّ وجه كلام الشهيد الثانى - حيث ينسب المعنى المذكور إلى المحقق - هو قول المحقق فى آخر المسأله: « ولا يجب على أهل الولايه قبول دعواه مع عدم البينه وإن شهدت له الأمارات ما لم يحصل اليقين» .

ولكن الذى يقوى فى النظر، أنه قد تطرّق إلى هذا الحيث على فرض عدم تحقق الإستفاضه، إذ قال قبل ذلك: « ولو لم يستفض. . أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين. .» فلا يدل كلامه المذكور على أن مراده من الإستفاضه ما يحصل منه العلم واليقين.

ثم قال فى (المسالك) (۱)فى بيان وجه كلام المحقق: إن كان المراد من الإستفاضه ما يوجب العلم، فإنها تفيد ذلك لأنها أولى من البيّنه، وإن اُريد ما يفيد الظن، فهو حجه فى كلّ مورد لا طريق إلى إقامه البيّنه عليه ولا طريق إلى العلم فيه، ففى مثل ذلك قامت السيره على الإعتماد على الإستفاضه. . .

والشيخ قدّس سرّه ذكر فى (المبسوط) (۲)ثبوت ذلك بالإستفاضه، ثم

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۳: ۳۵۱.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الإماميّه ۶: ۸۶.

استدلّ لحجيّه الإستفاضه فی مورد آخر بالأخبار، وذلک یدل علی أن مراده من الإستفاضه ما یفید الظن وإلاّ لم یستدل بالأخبار.

وصاحب (الجواهر) تمسّک بالسیره والأخبار لحجیه الإستفاضه بغض النظر عن إفادتها للعلم أو الظن، فظاهر کلامه قدّس سرّه أنها حجه عند العقلاء مطلقاً.

ومما استدلّ به فیها: مرسله یونس عن بعض رجاله عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « سألته عن البینه إذا أُقیمت علی الحق، أیحلّ للقاضی أن یقضی بقول البینه إذا لم یعرفهم من غیر مسأله؟ فقال: خمسه أشیاء یجب علی الناس أن یأخذوا فیها بظاهر الحکم: الولایات والتناکح والمواریث والذبائح والشهادات، فإذا کان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا یسأل عن باطنه» (۱).

قال المجلسی والکاشانی « قدّس سرّهما» فی شرحه (۲): إن المستفاد من الخبر الحکم بظاهر دعوی متولّی الأمر، وأنه لا یجب الفحص عن باطن الأمر، فإذا ادّعی الولایه وتولّی الأمر فلا یجب السؤال عن باطنه.

قال أحدهما: المدّعی للتزویج یقبل منه، وکذا القصاب بالنسبه إلی الذبیحه فلا یسأل عن باطن اللّحم، والشاهد کذلک، فإنه یحکم بحسب ظاهره ولا یسأل عن باطن حاله، فکأن جواب الإمام علیه السلام فی خصوص الشاهد: إنه یحکم بحسب ظاهر الأمر، ولا حاجه إلی السؤال عن باطن الشاهد وحقیقه حاله إن کان ظاهره ظاهراً مأموناً.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۸۹/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲۲، وقد روی هذا الخبر مع اختلاف فی بعض ألفاظه.
۲- ۲) مرآه العقول ۲۴: ۳۰۳، الوافی ۹: ۱۰۱۵.

أقول: لكن هـذا المعنى لا ـ يساعـده لفـظ الروايه، ففى الروايه: « فإذا كان ظاهره» وهو ضـمير مفرد لا يصـح عوده إلى الشـهادات والبينه، إلا أن يجعل المرجع له أحد الفردين أو الأفراد، وهو خلاف الظاهر.

وجعل صاحب (الجواهر) مرجع الضمير « الحال» و « المطلب» أى: فإذا كان ظاهر المطلب ظاهراً مأموناً، فتكون الروايه وارده فى مورد الشياع، وأما على ما ذكراه، فتكون أجنبيه عن محلّ الكلام، لكن ما ذكره فى (الجواهر) مشكل أيضاً.

وفى الروايه احتمالات أخرى، والحاصل إنه لا دلاله تامه لها على الحكم (١).

ومما اسـتدل به: صـحيحه حريز قال: « كانت لإسـماعيل ابن أبى عبد اللّه عليه السلام دنانير، وأراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال إسـماعيل: يا أبه إن فلاناً يريـد الخروج إلى اليمن وعندى كذا وكذا ديناراً، أفترى أن أدفعها يبتاع لى بها بضاعه من اليمن؟

فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: يا بنى، أما بلغك أنه يشرب الخمر؟

---

١ - ١) أى لإجمال لفظ الروايه. وأما سـنداً فهى مرسـله، إلا أن « يونس» فيها هو يونس بن عبد الرحمن كما جاء فى الوسائل عن الصـدوق، ويونس بن عبـد الرحمن من أصـحاب الإجمـاع، فتكون الروايه معتبره بناءاً على تصـحيح ما يصـح عن أحـدهم. لكن راويها عن يونس هو: « محمـد بن عيسـى» وهو: ابن عبيـد ابن يقطين أبو جعفر العبيـدى الأسدى الراويه عن يونس حتى قيل له « اليونسـى» نسبه إليه. وهذا الرجل قد وثّقه النجاشـى (رجال النجاشى ٣٣٣: ٨٩٦) قائلاًـ: جليل من أصـحابنا ثقه عين كثير الروايه حسن التصـانيف. وضـعّفه الشـيخ قائلاًـ: ضـعيف اسـتثناه أبو جعفر ابن بـابويه من رجـال نوادر الحكمه وقال: لا أروى ما يختص بروايته، وقيـل: إنه يـذهب مـذهب الغلاه. . . (الفهرست ٢١٦: ٦١١) . إلا أنه قـد تقرر تقدم رأى النجاشـى على رأى الشـيخ عند التعارض، ولا سيما وأن الظاهر هنا كون سبب تضعيف الشيخ ما ذكره عن الصدوق تبعاً لشيخه ابن الوليد، على أنه قد تقرر أيضاً اعتبار خبر الثقه وإن كان فاسد المذهب.

فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس.

فقال: يا بنى لا تفعل.

فعصى أباه ودفع إليه دنانيره، فاستهلكها ولم يأت بشىء منها.

فخرج إسماعيل وقضى أن أبا عبد اللّه عليه السلام حج، وحج إسماعيل تلك السنه، فجعل يطوف بالبيت وهو يقول: اللهم أجرنى وأخلف على، فلحقه أبو عبد اللّه عليه السلام فهمزه بيده من خلفه وقال له: مه يا بنى، فلا واللّه مالك على اللّه هذا، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك، وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته.

فقال إسماعيل: يا أبه، إنى لم أره يشرب الخمر، إنما سمعت الناس يقولون.

فقال: يا بنى، إن اللّه عزّ وجل يقول فى كتابه «يُؤْمِنُ بِاللّٰهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ» يقول: يصدق للّه ويصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدّقهم، ولا تأتمن شارب الخمر، فإن اللّه تعالى يقول «وَ لاٰ تُؤْتُوا اَلسُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ» فأى سفيه أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يزوّج إذا خطب، ولا يشفّع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على اللّه أن يأجره ولا يخلف عليه» (1).

فإنها صريحه فى اعتبار الشياع بين الناس وترتيب الأثر عليه، بأن لا يأتى الإنسان بما يخالف مقتضاه، ولكن لو كان هذا الشياع كالبيّنه فى الحجيه، للزم إجراء الحدّ عليه، وهو خلاف الإجماع بل الضروره.

فمراد الإمام عليه السلام هو الإحتياط من هكذا شخص، وأن لا يسلّم

١- ١) وسائل الشيعه ١٩: ٨٢/١. كتاب الوديعه، الباب ۶. رواها الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى عمير عن حماد بن عيسى عن حريز. وهى صحيحه أو حسنه بإبراهيم بن هاشم.

الإنسان ماله، ولا يأتمن أحداً على شيء إلّا بعد الوثوق بدينه وأمانته، بل الشياع لا يقتضي التفسيق، والغالب في الشياعات عدم الإستناد إلى الحسّ، فإن الحكم بفسق من شاع عنه أنه يشرب الخمر وإجراء حدّ شرب الخمر عليه بالإستناد إليه غير جائز. نعم، ترك تزويجه في محلّه، لأنه محل شبهه وإن لم يكن العقد لشارب الخمر باطلاً.

وبالجمله: إن أفاد الشياع العلم أو الإطمينان العقلائي - وهو الذي يعبّرون عنه بالعلم ويرتبون عليه أثره أو يجعلونه موضوعاً - فهو، وإلّا فليس بحجه إلّا أن تقوم السيره على جعل الشياع كخبر الواحد في ترتيب أثره عليه، ولا يبعد تحقق هذه السيره عند عموم الناس - ما عدا المحتاطين منهم - ولكن في اتصالها بزمن المعصوم وإمضائه لها تأمل.

أمور أخرى تثبت بالإستفاضه:

قال المحقق: « وكذا يثبت بالإستفاضه النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق» (۱).

أقول: يكفي في ثبوت النسب - كما لو شك في كون زيد هاشميّاً مثلاً - شياع ذلك في بلده حيث لا طريق آخر إلى إثباته، وكذا الأمر في الوقف، فلو شاع أن القريه الفلانيّه موقوفه للجهه الكذائيه، كفى ذلك في ثبوت الوقف، حيث لا طريق مفيداً للعلم بذلك، وكذا الموت، فإنه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجداني بالموت، وأما مع عدمهما كالموت في السفر - مثلاً - فلاطريق إلى الثبوت إلا الشياع، فتقسم الأموال وتترتب الآثار. . . وكذا الأمر في الملك المطلق،

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۰.

فإنه لا طريق إلى إثباته إلّا بالأخذ بالشياع، لأن تواطى الناس على ذلک محال عاده، وکذا النکاح والعتق.

والدليل على کفايه الإستفاضه فى ثبوت هذه الامور هو السيره - کما أنها الدليل المعتمد عليه فى حجيه خبر الواحد - فإن أهل العرف يرتّبون الأثر فى مثل هذه الامور على الإستفاضه فيها، لأنها مفيده للوثوق النوعى عندهم.

أقول: ونفس إقامه الدليل على الإعتماد على الإستفاضه، دليل على أنهم لا يريدون من الإستفاضه ما يفيد العلم أو الإطمينان المتاخم له، وإلّا فنفس العلم أو الإطمينان دليل.

وفى (المسالک) : الإستفاضه المفيده للعلم دليل حجيّتها هو العلم، والمفيده للظن دليل حجيتها السيره، ولکن السيره لا تتحقق إلا فى موارد مخصوصه ومنها الولايه على القضاء، لأنه لولا الإستناد إليها يلزم العسر والحرج، لعدم إمکان إقامه البيّنه (۱).

وعن بعضهم دليل آخر على حجيّه الإستفاضه وهو: إن الحجه لا تقام عند الحاکم وإلا لزم الدور، مثاله: إذا کان فى البلد قاض، وقد نصب الحاکم قاضياً آخر، ولم يعتبر الشياع ولا البينه إلا بحکم، وتوقف قبول البيّنه على ولايه الثانى على الحکم، فإن کان الحاکم بثبوت ولايه الثانى هو القاضى الأوّل، فإن المفروض سبق عزله ثبوت ولايه القاضى الجديد، بناءاً على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثانى، فلا ينفذ حکمه، وکذلک الأمر بناءاً على القول بانعزاله ببلوغه خبر نصب الثانى، لأنه مع وصول الخبر ينعزل، فلو أراد أن يحکم، لم ينفذ حکمه بولايه

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۵۱ - ۳۵۲.

الثانی. وإن کان الحاکم بثبوت الولایه هو القاضـی الثانی نفسه، فإن ثبوت ولایته یتوقف علی حکمه، وحکمه یتوقف علی ثبوت ولایته، وهذا دور ظاهر.

أقول: هـذا یتم فیمـا إذا لم یکن هنـاک قاض آخر غیر الأوّل المعزول، أو لم یکن فی بلـد آخر قاض یمکنهم الرجوع إلیه لأجل الحکم.

وقال فی (المسالک) : « وهذا یتم علی القول بعدم جواز تعلیق العزل علی شرط، وقد جوّزه العلاّمه فی القواعد» (۱)(۲).

لکن فیه: إنه لا یوافق قواعـد الأصـحاب، وقـد حکموا ببطلان الوکاله المعلّقه، أی: لا یصـح تعلیق الوکاله علی شـرط، ولابـدّ من کونها منجّزه، فإذا کان التعلیق مبطلاً لها مع کونها من العقود الإذنیه، فإن إبطاله للولایه التی لیست منها یکون بطریق أولی.

وقیـل: بـالفرق بین الولایـه والوکـاله، لأن الوکاله من العقود. فلابـدّ لها من الصـیغه الممتنع فیها التعلیق شـرعاً، والولایه لیست من العقـود بـل هو جعـل للمنصب نظیر جعـل الوجوب والحرمه، فیجوز فی الولایـه مـا لاـ یجوز فی الوکـاله، فیجوز أن یکون الأـوّل معزولاً عن الولایه فی ظرف ثبوت ولایه الثانی، فحینئذ یحکم بولایه الثانی وینعزل هو عن القضاء.

وهذه بحوث علمیه بحته لیست محلاً للإبتلاء فعلاً، نعم یجری البحث لو قلنا بقبول القضاء للوکاله، کأن یوکّل الثانی ویرسله إلی البلد، فإنه بوصوله إلیه ینعزل الأوّل، ومن البحوث العلمیه قول المحقق:

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۵۱ - ۳۵۲.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۲: ۲۰۳.

« ولو لم يستفض، إما لبعد موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو لغيره من الأسباب، أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين بصوره ما عهد إليه و سيرهما معه ليشهدا له بالولايه» .

وكيف كان: « لا يجب على أهل الولايه قبول دعواه مع عدم البيّنه وإن شهدت له الأمارات، ما لم يحصل اليقين» .

ص:١٠٥

المسأله السابعه: (فی جواز نصب قاضیین فی البلد الواحد)

اشاره

قال المحقق: « یجوز نصب قاضیین فی البلد الواحد لکلّ منهما جهه علی انفراده» (۱).

أقول: لا ریب فی جواز نصب قاضیین فی البلد الواحد، علی أن یکون لکلّ منهما جهه علی انفراده، کجعل أحدهما قاضیاً فی الأموال والآخر فی الدماء والفروج ونحو ذلک.

قال: « وهل یجوز التشریک بینهما فی الجهه الواحده؟ . . .» .

أقول: وهل یجوز التشریک بینهما فی الولایه الواحده؟ قولان، اختار المحقق قدّس سرّه الجواز، والصحیح: المنع، لأن الولایه من الامور ذات الإضافه فلا یمکن التشریک فیها، إلا أن یراد من التشریک إناطه نفوذ حکم أحدهما بموافقه الآخر. . . .

ومع التعدّد، فحیث أن کلّ واحد منهما جعله الشارع قاضیاً بالإستقلال، ولیس نفوذ حکمه مشروطاً – فی زمن الغیبه – بموافقه الآخر وإمضاء حکمه، کان النافذ حکم السابق منهما فی الحکم فی الواقعه، فلا یجوز للآخر نقضه – إلا مع طلب

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۰.

المترافعين أو العلم بالإشتباه فى الحكم - كما هو الحال فى إجراء العقد للصبى من قبل كلّ من الأب والجد. . .

لو اختلف المترافعان فى تعيين القاضى:

فإن اختلف المترافعان فى تعيين القاضى، فهل يلزم المنكر بالترافع عند من شاء المدعى الترافع عنده؟ قيل: نعم، وادّعى عليه الإجماع، لأن المدعى هو صاحب الحق. وفيه نظر، وفاقاً للسيد صاحب (العروه) (١)قدّس سرّه، إذ ليس للمدعى الحق، لا على القاضى - لأنه لو كان ذا حق لجاز له إسقاطه، والحال أن نظر القاضى فى المرافعه حكم واجب - ولا على المدّعى عليه، لأنه ما لم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق، وإن أمكن ثبوته فى علم اللّه سبحانه.

على أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معاً، فإن للمدّعى عليه الترافع عند من شاء من القاضيين حتى يخلصه من دعوى المدعى، وكذا إحضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه، وحينئذ، قالوا: يرجع إلى القرعه لتعيين القاضى، لأنها المرجع عند التداعى كما سيأتى.

فتحصّل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعى، ويبقى الإجماع إن كان، وإلّا فالقرعه هى المرجع أيضاً.

وأما فى صوره التداعى، بأن يكون كلّ منهما مدّعياً ومنكراً، كأن يدّعى أحدهما البيع فيثبت لنفسه الخيار والآخر الصلح فلا خيار، فإن توافقا على الترافع عند أحد الحاكمين فهو، وإن سبق أحدهما إلى الحاكم نفذ حكمه بناءاً على نفوذ

١- ١) العروه الوثقى ٣: ١٤ - ١٥.

الحكم الغيـابى، وإن رجع كـلّ واحـد من المترافعين إلى واحـد من الحـاكمين، وحكم كـلّ منهما غياباً، قال الأكثر بالقرعه، لأن أحد الحكمين المتنافيين مطابق للواقع فيعيّن بها.

لكن مقتضى القاعده بطلان الحكمين معاً، لأنه إن أريد بالقرعه العثور على الواقع، كترافع الرجلين على مال فى يد ثالث فيقترع، فهو، ولكن فى المورد حيث مقـدّمات الحكم فى كلاـ الطرفين تـامّه، ويراد ترتيب الأـثر على كـلّ واحـد باعتبـاره حكمـاً مطابقاً للواقع، كان الحكمان متضادّين، ومقتضى القاعده سقوطهما، لكن لم أجد من أفتى بذلك.

وتفصـيل المسـأله: إنه إذا حكم كـلّ من الحـاكمين لكلٍ من المتخاصـمين بنحو التقارن، فالوجه سـقوط الحكمين، وإنما يتصور ذلك فى الحكم الغيابى، والحكم الغيابى يتصوّر فى حالين:

الأوّل: أن يحضـر أحد المترافعين عند الحاكم فيرسل الحاكم خلف الآخر، فتاره يمتنع عن الترافع عند هذا الحاكم، وأخرى يمتنع عنه مطلقاً، فإن أبى عن الحضور مطلقاً، طلب الحاكم من المـدعى الشـهود ثم يحكم حكماً غيابيّاً على الخصم وينفذ هذا الحكم فى حقّه بلا كلام، وإن أبى عن الحضور عند هذا الحاكم مع الموافقه على الترافع عند غيره، فهل يسمع كلامه أو لا، فيحكم عليه غياباً؟

الصحيح: إنه لا وجه لإلزامه، بل يرجع إلى القرعه.

الثانى: أن يكون الحكم غيابيّاً بالنسـبه إليهما معاً - بأن يكون أحـدهما فى بلـد والآخر فى بلـد آخر، فيرجع كلّ منهما إلى حاكم بلـده بعـد عـدم اجتماعهما فى بلـد واحـد للمرافعه لجهةٍ من الجهات، فيحكم كلّ واحد من الحاكمين حكماً غيابياً على الخصـم الآخر - فأى الحكمين النافذ؟

إن علم الأسبق منهما زماناً فهو المقدّم، ومع عدمه فالقرعه هی الطريق لتعيين الحكم السابق النافذ، ومع العلم بوقوعهما فی زمان واحد، فمقتضی القاعده سقوطهما، لأنهما كالسببين المتمانعين، وبعباره أخری: هما حكمان لموضوع واحد، ودليل اعتبارهما واحد، فحيث لا يمكن اجتماعهما يسقطان.

وقيل: إنهما كالخبرين المتعارضين، فيحكم بالتخيير.

قلت: إنما يحكم بالتخيير بين الخبرين المتعارضين فی صوره الإمكان، لا ـ فی كلّ خبرين متعارضين، وفيما نحن فيه، لو كان مقتضی أحد الحكمين كون المال المتنازع فيه لزيد ومقتضی الآخر كونه لعمرو، كيف يحكم بالتخيير؟

قال السيد قدّس سرّه: إن أدلّه نفوذ حكم الحاكم منصرفه عن مورد التعارض بين الحكمين، فدليل اعتبار الحكم لا يشمله.

قلت: إذا كان كذلك ارتفع فرض التعارض فی كلّ مورد، علی أنه لو قيل بحجيّه حكم الحاكم فی صوره عدم وجود حكم معارض، كان لازمه جعل حال الحكم قيداً للموضوع وهو محال.

واحتمل السيّد الرجوع إلی حاكم ثالث، فيكون حكمه رافعاً للنزاع.

قلت: وهل يجب ذلك أو هما بالخيار فيرجع البحث؟ والصحيح: سقوط الحكمين معاً، فإن تراضيا بعدئذ بالترافع عند حاكم ثالث فهو، وإلّا فيرجع إلی القرعه لتعيين الحاكم.

ثم إن التداعی يكون تاره فی الشبهه الحكميّه، كأن تعقد البنت الباكره العاقله الرشيده نفسها لرجل - بناءاً علی صحته - ويعقدها الولی لرجل آخر - بناءاً علی استقلاله فی ذلك - فيقع النزاع بين الرجلين. . .

وكما لو وقع النزاع فی الحبوه بين الولد الأكبر وسائر الورثه، فاختلف

الطرفان فی الحکم تبعاً لمقلدیهما - مثلًا -.

وأخری فی الشبهه الموضوعیّه، کأن یتنازعا علی مال، فإن کان فی ید أحدهما، کان الآخر مدّعیاً وصاحب الید منکراً، فإن أثبت المدعی ملکیته له فهو، وإلاّ حلف المنکر علی أنه لیس للمدعی وأبقی فی یده، وإن لم یکن لأحدهما ید علی المال کان التداعی.

وقد أجری فی (المستند) هذا التفصیل فی الشبهه الحکمیه أیضاً (۱).

والحق - وفاقاً للسید قدّس سرّه - کونهما متداعیین فی تلک الشبهه وإن کان لأحدهما ید، لأن الید حجّه فی صوره الجهل بمدرکها، فیحتمل أن تکون علی وجه صحیح، وأما مع العلم بکون مستند الید فتوی المجتهد مثلًا فلیست بحجه. . . فلو کانت المرأه تحت من عقد له الأب، وجاء من یدعی سبق عقد الجد له علیها، ووقع النزاع حول الأقدم، کان احتمال صحه الید فی محلّه، فیطالب الخصم بالبینه، فإن جاء بها وإلّا حلف صاحب الید وبقیت تحته، ففی هذه الصوره حیث النزاع علی الأسبقیه، ولیس المنشأ هو الاختلاف فی الحکم، یحتمل صحه الید، وکان من قبیل المدعی والمنکر لا المتداعیین.

۱- ۱) مستند الشیعه فی أحکام الشریعه ۱۷: ۹۵.

المسأله الثامنه: (فیما یتعلّق بانعزال القاضی وعزله)

قـال المحقق قـدّس سـرّه: « إذا حـدث به مـا یمنع الإنعقاد انعزل، وإن لم یشـهد الإمام بعزله کالجنون والفسق، ولو حکم لم ینفذ حکمه» (۱).

أقول: إذا فقد القاضـی أحد الشـروط المعتبره، سـقط حکمه عن الإعتبار ولـم ینفذ، لأن أدله اعتبار الصـفات تقتضـی وجودها فیه ابتـداءاً واسـتدامه، فلا وجه للإستصـحاب، لأنه أصل وهو لا یعارض الأدلّه، فإن ارتفع المانع، فهل تعود التولیه أو لابدّ من نصـب جدید؟

إختار فی (المسالک) الثانی ووافقه فی (الجواهر) قال: لا تعود بزوال هذه العوارض، للأصل.

أقول: والمراد من الأصل، إما استصـحاب حال الجنون - مثلًا - وإما أن التولیه تحتاج إلی دلیل، وبعد زوال الجنون فالأصل عدم التولیه، فیکون نظیر الوکاله إذا جنّ الوکیل. . .

والحق: أنه إن نصب شـخص الإمـام علیه السـلام أحـداً بخصوصه للقضـاء، کـان حاله حال الوکیل فیما ذکر، وأما إذا کان حکم النصب کلّیاً، سواء فی زمن الحضور أو الغیبه کما فی معتبره أبی خدیجه، فإنه مع زوال العارض یشمله الحکم

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۰.

الكلّى وينفذ حكمه، نظير: « صلّ خلف من تثق بدينه» (۱)، فلو حدث فى إمام الجماعه فسق لم تجز الصّلاه خلفه، فإن تاب وعاد جاز الائتمام به لقوله عليه السلام: « صلّ» لأن معناه: جواز الصلاه خلفه فى كلّ زمان حصل الوثوق بدينه وعدالته. . . ولعلّ كلمات الأصحاب ناظره إلى المنصوب من قبل الإمام عليه السلام بشخصه، وهذا جار فى المنصوب من قبل المجتهد أيضاً، بناء على أن له ذلک.

هذا كلّه فى الإنعزال القهرى، فإن القاضى ينعزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له، وإن لم يعلم الإمام عليه السلام بذلک، لأنهم إذا شاءوا علموا كما فى الأخبار.

وربما فرّق بين ما إذا كان العارض سريع الزوال كالإغماء، وبين غيره كالجنون، فتعود فى الأوّل قياساً على السهو والنسيان دون الثانى.

أقول: وفيه إنه يشترط فى القاضى العقل، وإن زواله يوجب العزل، سواء كان بالإغماء أو الجنون، إذ لا أثر لقلّه زمان الزوال حتى يفرق بين الإغماء والجنون ، وأما فى حال النوم والسّهو والنسيان ونحو ذلک فلا يزول العقل، فهو قياس مع الفارق.

قال المحقق قدّس سرّه: « وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الوجه: لا، لأن ولايته استقرّت شرعاً فلا تزول تشهيّاً» (۲).

أقول: إن كان فى العزل مصلحه فلا إشكال فى جوازه، ومورد البحث ما إذا أراد عزله لا لمصلحه بل تشهياً، وقد استدلّ المحقق قدّس سرّه للعدم بما سمعت،

۱- ۱) وسائل الشيعه ۸: ۳۰۹/۲. أبواب صلاه الجماعه، الباب ۱۰.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۷۱.

لكنه مصادره محضه.

وقيل: لأنه عبث، والإمام عليه السلام لا يفعله.

وفيه: إنه إن عزله فلا يكون عبثاً.

وقيل: إنه يعرض بذلك للقدح من ليس بمقدوح فيه.

وفيه: إن عزله مع رفع هذه الشبهه، فلا إشكال، على أن لزوم ذلك أمر ثانوى، والعنوان الثانوى قد يحصل حتى من النصب، فقد ينصب الحاكم للقضاء ويترتب على ذلك المفسده، فلابدّ من البحث فى جهه أخرى، وهى أنه هل يجوز عزل القاضى عن القضاء أو لا؟

لقد ذكرنا سابقاً: أن الولايه على القضاء أمر اعتبارى عرفى قابل للجعل، كالزوجيّه والملكيه ونحوهما، فهى موجوده بين أهل العرف، وقد جعل الشارع هذه الولايه للنبى والإمام عليهما الصلاه والسلام، ثم رخّص المجتهد فى ذلك أيضاً، فهل يستفاد من نفس التمكن من الجعل التمكن من العزل كذلك؟

أمّا بالنسبه إلى الإمام عليه السلام، فلا ريب فى انعزال من يعزله، وأمّا بالنسبه إلى المجتهد، فهذا مشكل، بل لابدّ من دليل آخر، كما ليس لحاكم الشرع عزل من جعله متولياً على وقف أو نصبه وليّاً على أمر من الأمور من غير سبب يقتضى ذلك شرعاً، إلّاأن يدّعى النيابه العامه للمجتهد، بأن يكون له فعل كلّ ما فعله الإمام عليه السلام. . . وهذا يتوقف - بالإضافه إلى إثبات ذلك من ناحيه الأدله - على إثبات فعل الإمام عليه السلام ذلك، إلاّ أن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب وعزل بعض القضاه، ولكن هذا يحتاج إلى الإثبات، فلعلّه أرجع القاضى من ذاك البلد ليرسله إلى بلد آخر.

وكيف كان، فيحتاج إلى دليل آخر غير ما دلّ على جواز النصب.

ص:١١٣

نعم، كلّ شيء يتوقف على الإذن - لا الجعل - جاز الرجوع فيه عن الإذن.

ولو عيّن الواقف أحداً للتوليه على الوقف، فليس له عزله عن التوليه، لأن ذلك كالرجوع عن الوقف، وقد ثبت أن الوقوف على مايوقفها أهلها، على أن بعض الفقهاء يفتون بعدم جواز عزله حتى مع الخيانه، قالوا: بل يجب حينئذ ضمّ أحد إليه. وهذا كلّه مما يشهد بأن جواز الجعل بوحده لا يكفى للدلاله على جواز العزل.

هذا، وليس من شأننا البحث عن حكم الإمام عليه السلام، لثبوت عصمته، على أن نفس إراده الإمام مرجّحه، إذ لا يتصور التوقف له فى مورد التعارض بين طرفى الفعل والترك، ولا يشترط أن يكون لفعله مرجّح، بل يكفى عدم المرجوحيّه للفعل.

وعلى فرض جواز العزل، فهل ينعزل القاضى بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر إليه كالوكيل؟ قال فى (المسالك) : قولان، أظهرهما الثانى، لعظم الضرر فى ردّ قضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر، فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل (۱).

وفى الأوّل: إن الضرر اللازم كما يمكن أن يكون متوجهاً إلى من كان له الحق، كذلك يحتمل أن يتوجه إلى مدعى الباطل منهما، ودليل « لا ضرر» لا ينفى مثل هذا الضرر، فيكون المورد شبهه مصداقيه له فلا يجوز التمسك به، فيكون حكم هذا القاضى حينئذ نظير حكم من حكم بتوهّم كونه منصوباً لذلك من قبل الامام، ثم بان له أنه لم يكن له ذلك، فإن حكمه باطل، وكذا من باع مال غيره متخيلاً أنه وكيلٌ عنه فى ذلك، ثم ظهر العدم.

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۳: ۳۵۸.

وفی الثانی: إن الأولویّه ممنوعه، إلا أن یقال بأن الولایه علی القضاء وکاله مع زیاده السلطنه أو یصحح ذلک بتنقیح المناط.

وبما ذکرنا ظهر أنه لا مجال للتمسّک باستصحاب بقاء نفوذ الحکم.

قالوا: هذا إذا عزل القاضی لفظاً أو کتب إلیه: أنت معزول - مثلاً -، وأما إذا کتب إلیه: إذا قرأت کتابی فأنت معزول، ففیه فروع:

منها: أنه لا ینعزل إلّابعد قراءه الکتاب، سواء وصل إلی یده أو لا، فلو وصل إلیه الکتاب وحکم فی قضیه قبل أن یقرأه نفذ حکمه بلا إشکال.

ومنها: أنه لا یشترط قراءته للکتاب مباشره، بل الظاهر أن المراد فهمه بما فیه، ولو بقراءه غیره له.

ومنها: أنه هل یشترط قراءه الکتاب کلّه أو یکفی العلم بحاصل المراد؟ وتظهر الفائده فیما لو ذهب بعض الکتابه أو تعذّر علیه قراءته. . .

قال فی (الجواهر) (1)إن هذه احتمالات بارده، أطنب فیها العامه فی کتبهم لغرض صیروره الکتاب ضخماً.

قلت: ویمکن أن تثمر هذه الفروع فی الإجازات والوکالات التی یکتبها الفقهاء للأشخاص. . . ولکنها قلیله الجدوی.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۶۳.

المسأله التاسعه: (هل ينعزل القاضی بموت الإمام؟)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا مات الإمام علیه السلام قال الشیخ: الذی یقتضیه مذهبنا انعزال القضاه أجمع. وقال فی المبسوط: لا ینعزلون، لأن ولایتهم ثبتت شرعاً فلا تزول بموته. والأوّل أشبه» (۱).

أقول: علّل فی (المسالک) (۲)القول الأوّل بقوله: لأنهم نوّابه وولایتهم فرع ولایته، فإذا زال الأصل زال الفرع، ووافقه فی (الجواهر) فیه وأضاف: فإن أمر کلّ عصر إلی إمام ذلک العصر. أی: إن قضاه ذلک العصر ینعزلون بموته، ثم ینصبهم الإمام اللّاحق مره أخری أو ینصب غیرهم.

واستدلّ للقول الثانی: بأن ولایه القضاه قد ثبتت شرعاً فلا تزول بموت الإمام، ومع الشک تستصحب، وقد أیّد ذلک فی (الجواهر) (۳)وغیره بما فی الانعزال من الضرر العام للخلق، بخلوّ البلدان من الحکام إلی أن یجدّد الإمام اللّاحق نوّاباً فتعطل الأحکام.

والصحیح أن یقال: إن کلّ فرد من الناس إذا وکّل أحداً أو أنابه أو أذن له فی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۱، المبسوط فی فقه الامامیه ۸: ۱۲۷.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۵۹.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۶۴.

شئونه الخاصه والأمور التى بيده، فإنه إذا مات ينعزل الوكيل والنائب والمأذون بلا كلام، من غير فرق فى ذلك بين الإمام وغيره، فإن كان القضاء كذلك، بمعنى أن يكون أمر القضاء للإمام، وأن القاضى ينوب عنه فى القضاء أو يقوم بذلك وكاله عنه، انعزل القضاه بموته، لأن من قواعد المذهب انعزال الوكيل والنائب بموت الموكّل والمنوب عنه.

وإن كان القضاء نظير نصب المتولّى على الموقوفه أو الولايه على الصغار، فلا ينعزل بموت من نصبه، لأنه يقوم بالأمر بعنوان السلطنه لا بعنوان الوكاله والإذن.

وبما ذكرنا يظهر الحال فى التمسّك بالإستصحاب، لعدم انعزالهم بموت الإمام، لأن ولايتهم إن كانت من باب الوكاله فقد بطلت، وإن كانت من باب الولايه، فلا شك فى بقائها حتى تستصحب، بل لو شك يستصحب عدم جعل الولايه، ولا يعارضه استصحاب عدم كونه وكاله، لعدم الأثر.

ويمكن تقريب الإستدلال بأن يقال: إن الولايه قد يكون جعلها مقيداً بزمان حياه الإمام، فلا ريب فى انقطاعها بالموت، وقد يكون غير مقيد بذلك فهى مطلقه، ولا ريب فى بقائها بعد موت الإمام، ومع الشك فى كونها مقيده أو مطلقه يستصحب كلّى الولايه، فلا ينعزل القاضى بموته وينفذ حكمه.

ولكن يشكل: بأنه يبتنى على القول بجريان الإستصحاب مع الشك فى المقتضى.

ويمكن أن يكون المستصحب عدم وجود القيد فى الولايه، وليس هذا الاستصحاب مثبتاً، لخفاء الواسطه، وحينئذ، يسند بقاء الولايه المطلقه إلى الشارع.

ص:۱۱۷

وأمّا استصحاب نفوذ الحكم، ففيه: إن استصحاب الحكم مع الشك فى تحقق موضوعه غير جائز، كما لا يجوز استصحاب قيام زيد مع الشك فى وجوده.

وأمّا استدلالهم بلزوم الضرر العام بالانعزال، فيرد عليه: إن لزوم الضرر لا يفيد لإثبات عدم الانعزال، فلو أن ماء حكم بطهارته الظاهريه بالإستصحاب وتوضأ به مده من الزمن، وغسلت به الثياب ونحو ذلك، ثم انكشف الخلاف، لم يكن الضرر العظيم المترتب على ذلك بمانع عن القول بنجاسه الماء.

إلّا أن يقال: بأن لزوم الضرر يقتضى القول بعدم سقوط أحكام هؤلاء القضاه، وأما أصل ولايتهم على الحكم، فلا تثبته قاعده نفى الضرر، لأنه أمر تكوينى.

قال فى (المسالک) : « والأظهر هو الأوّل، وقد يقدح هذا فى ولايه الفقيه حال الغيبه وأن الإمام الذى قد جعله قاضياً وحاكماً قد مات، فيجرى فى حكمه ذلک الخلاف المذكور، إلّاأن الأصحاب مطبقون على استمرار تلک التوليه، فإنها ليست كالتوليه الخاصه بل حكم بمضمون ذلک، فإعلامه بكونه من أهل الولايه على ذلک، كإعلامه بكون العدل مقبول الشهاده وذى اليد مقبول الخبر وغير ذلک، وفيه بحث» (۱).

قلت: وهو خلاف ظاهر المعتبره حيث قال عليه السّلام « فإنى جعلته حاكماً» ولم يقل: فحكمه نافذ - مثلًا - فلو كان حكماً إلهياً لم يكن متوقفاً على جعل من الإمام، بل ظاهر الروايه أن الحكومه لغير النبى والإمام متوقفه على الجعل وهو بيد الإمام عليه السلام، فيكون الحاصل: إن من كان معنوناً بتلک العناوين

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۵۹.

مجعول وليّاً من قبل الإمام، وليس هذا الجعل مقيّداً بزمان حياته، بل هو نظير جعل التوليه على المسجد لإمام الجماعه من قبل الواقف، فليس من شك حتى يستصحب، وأما كون المسأله نظير الوكاله أو الحكم، فكلّ ذلك خلاف الظاهر.

وبالجمله: إن كان تولّيهم للقضاء مستنداً إلى النيابه من ناحيه الإمام أو إلى الوكاله عنه، كانت ولايتهم فرع ولايه الإمام وبموته ينعزلون، وإن كان جعلاً من قبله وسلطنه لهم على الحكم، فلا ينعزلون بموت الإمام.

فالحق في المسأله ما ذكرناه (۱).

لو مات القاضي الأصلي فهل ينعزل النائب عنه؟

ثم قال المحقق قدّس سرّه: « ولو مات القاضي الأصلي لم ينعزل النائب عنه، لأن الاستنابه مشروطه بإذن الإمام عليه السلام، فالنائب عنه كالنائب عن الإمام فلا ينعزل بموت الواسطه. والقول بانعزاله أشبه» (۲).

أقول: لو أذن الإمام للقاضي الأصلي في نصب القضاه، بأن يكونوا وكلاء عن الإمام أو يكونوا نوّابه أو مأذونين من قبله في الحكم، لم ينعزلوا بموت القاضي الأصلي، لكونه واسطه في النصب فحسب، وهذا واضح، ولو كان ذلك من قبل

۱- ۱) من بناء الخلاف فيها على كيفيه الاستظهار من أدله الإذن، ومقتضى استظهار الجعل غير المقيد بزمن الحياه - من معتبره أبي خديجه ونحوها من تلك الأدله - هو اختيار القول بعدم الانعزال بموت الإمام، وهذا البحث يختص بزمان الحضور، ولذا جعل في المسالك القول بالانعزال قادحاً في ولايه الفقيه الذي قد مات الإمام الذي جعله قاضياً وحاكماً وغاب الإمام المتأخر عنه، لأن المفروض هو الانعزال بموت السابق وعدم النصب المجدد من اللاحق لغيابه، لكن المحقق والجماعه جعلوا المعتبره من أدلّه النفوذ في زمن الغيبه كما تقدم.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۷۱.

نفسه لا ـ الإمـام، فلا ـ ريب فى انعزالهم بموته، وهـذا واضـح أيضـاً، ولو أمره الإمـام بإنشـاء النصب وجعل الولايه على القضاء فلا ينعزلون، لا بموته ولا بموت الإمام، لما تقدّم فى الفرع السابق.

هذا كلّه فى مقام الثبوت.

وفى مقام الإثبات: إن علم الأمر من الإمام عليه السـلام أو بالقرائن الحافّه بالكلام، فلا بحث، وإن شك فى كيفيه الأمر وفى نفوذ حكم القضـاه المنصوبين بعـد موت القاضـى الأصـلى، فلا مجال لاستصـحاب كلّى الوكاله أو النيابه، لعـدم جريانه مع الشك فى المقتضـى، مضافاً إلى أنه مسبّب عن الشـك فى كون الجعـل من قبل الإمام، والأصل عـدمه، كما أن الأصل عـدم جعل الولايه والسلطنه، فلا وجه لنفوذ حكمهم بعد موت القاضى الأصلى.

وأمـا فى حـال الغيبه، فلا ـ ريب فى نفوذ قضـاء الفقيه الجامع للشـرائط، لأن له الولايه على القضاء، فإن قلنا بأنه لا يجوز له نصـب غيره للقضاء، فلا كلام، وإن قلنا بأن له ما للإمام، جاء فيه التفصيل المذكور فى الفرع السابق.

وأمـا فى الأـمور الحسبيه، فتـاره: يـأذن أو يوكـل أو ينيب من يثق به فيهـا، فإن أعماله نافـذه، ما دام الفقيه الناصب له حيّاً وينعزل بموته ألبته. وأخرى: يجعل الولايه له بالإستقلال، فلا ينعزل بموته.

وأشكل المحقق الآشتيانى فى أن يكون للفقيه ما للإمام من التصرّف فى الأمور المستقبله، لعدم الدليل على ذلك (1).

وفيه: إن هذا صحيح، ولكن الفقيه يجعل الولايه فى حال حياته، ثم تبقى بعد

۱- ۱) كتاب القضاء: ۴۹.

موته حتى يحدث ما يزيلها أو يموت - نظير علقه الزوجيه التى لا تزول بموت العاقدين - لأن ذات الولايه المجعوله قابله للبقاء بمجرد إنشائها، حتى يقوم الدليل على زوالها.

وهل للنائب أو الوكيل جعل الولايه الخاصّه لثالث؟

الظاهر: لا، لأن غرض الشارع فى الأمور الحسبيّه يتحقق بالإذن.

وتظهر الفائده فى أنه مع الجعل لا يمكن العزل، وقد تدعو الضروره إلى العزل بخلاف الإذن، فلذا يكون التصرف بنحو الإذن حتى يتمكن من ذلك.

المسأله العاشره: (هل تنعقد الولايه لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاه للمصلحه فى نظر الإمام عليه السلام، كما اتفق لبعض القضاه فى زمن على عليه السلام. وربما منع من ذلك. . .» (۱).

أقول: اختلف الأصحاب فى المسأله على قولين، ومنشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحاً للقضاء، مع أنه لم يكن جامعاً للشرائط المعتبره فى القاضى، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالماً حتى بأحكام القضاء، كما أنه لم يكن عادلاً ـ كما هو واضح، فيدور الأمر فى الحقيقه بين رفع اليد عن بعض الشرائط فى حال توليه الإمام، أو حمل فعل الإمام على بعض الوجوه.

وقد حمل بعضهم نصب الإمام أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً على التقيه، لأنه كان منصوباً من قبل فى الكوفه، فلو عزله عليه السلام لخالف القوم، كما وقع بالنسبه إلى بعض الأمور التى أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها، كصلاه التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم وجعلوا ينادون « وا عمراه» (۲).

وقيل: إن الأئمه عليهم السلام مهما كانوا فى تقيه وشدّه، لم يكونوا يتّقون فى

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۸: ۴۶/۲. أبواب نافله شهر رمضان، الباب ۱۰.

أمر القضـاء، وكـانوا ينهون عن التحـاكم إلى قضاه الجور والمخالفين، فكيف بنصب القاضـى الجائر؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان فى حال تقيه لما عزل معاويه عن الشام.

أقول: أمـا النقض بعزل معـاويه، فغير تام، لأن معاويه لم يبايع الإمام مع بيعه سائر المسـلمين والولاه له، وأما شـريح، فإن الإمام لم يولّه ولم يتمكّن من عزله حتى خاطبه قائلًا: « يا شريح جلست مجلساً لا يجلسه إلاّ نبى أو وصى أو شقى» (۱).

وقيـل: إن الإمـام لم يفـوّض إليه أمر القضـاء، بـل شـاركه فيمـا ينفـذه. وهـذا هو المسـتفاد من الروايـات، وهو أحسن الوجوه فى المسأله.

وقيل: إنه كان يحكم، ولكن لا يترتب على حكمه أثر. وهو خلاف الظاهر.

وفى (المسالك) : المروى من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك، وفى حديث الدرع الغلول ما يرشد إلى ما ذكرناه (۲).

أقول: ولنذكر بعض الروايات التى أشرنا إليها، ثم حديث الدرع:

منها – ما عن هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السـلام قال: « لما ولّى أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (۳).

ومنهـا – مـا رواه المشايـخ الثلاـثه عن سـلمه بن كهيل قال: سـمعت علياً عليه السـلام يقول لشـريح: « وإيّاك أن تنفـذ قضـيه فى قصاص أو حدّ من حدود اللّه أو

ص:۱۲۳

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۱۷/۲. أبواب صفات القاضى، الباب ۳.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۳: ۳۶۳.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۱۶/۱. أبواب صفات القاضى، الباب ۳.

حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على إن شاء اللّه .» (۱).

وأما حديث الدرع الغلول، فهذا نصّه عن الكلينى قدّس سرّه، بسنده عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: « دخل الحكم بن عتيبه وسلمه بن كهيل على أبى جعفر عليه السلام، فسألاه عن شاهد ويمين. فقال: قضى به رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم وقضى به على عليه السلام عندكم بالكوفه. فقالا: هذا خلاف القرآن، فقال: وأين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: إن اللّه يقول «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» . فقال: قول اللّه: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد ويميناً! ثم قال:

إن علياً عليه السلام كان قاعداً فى مسجد الكوفه، فمرّ به عبد اللّه بن قفل التميمى ومعه درع طلحه. فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره. فقال له عبد اللّه بن قفل: اجعل بينى وبينك قاضيك الذى رضيته للمسلمين، فجعل بينه وبينه شريحاً.

فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره.

فقال له شريح: هات على ما تقول بيّنه. فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره. فقال شريح: هذا شاهد واحد ولا أقضى بشهاده شاهد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر، فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره. فقال شريح: هذا مملوك ولا أقضى بشهاده مملوك.

قال: فغضب على عليه السلام وقال: خذها، فإن هذا قضى بجور، ثلاث

ص:۱۲۴

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۱/۱. أبواب آداب القاضى، الباب ۱.

مرّات. قال: فتحوّل شريح وقال: لا أقضى بين اثنين حتى تخبرنى من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال له: ويلك - أو ويحك - إنى لمّا أخبرتک أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره فقلت: هات على ما تقول بيّنه وقد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بيّنه. فقلت: رجل لم يسمع الحديث. فهذه واحده. ثم أتيتک بالحسن فشهد. فقلت: هذا واحد ولا أقضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم بشهاده واحد ويمين، فهذه ثنتان. ثم أتيتک بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره فقلت: هذا مملوک وما بأس بشهاده المملوک إذا كان عدلاً. ثم قال:

ويلک - أو ويحک - إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا» (۱).

ص:۱۲۵

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۱/۱. أبواب آداب القاضى، الباب ۱.

المسأله الحاديه عشر: (هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « كلّ من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه، كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه. ويجوز حكم الأب على ولده وله، والأخ على أخيه وله» (۱).

أقول: هذا مذهب الأكثر، بل ادعى عليه الإجماع، لكنه غير معلوم، واستدلّ على ذلك بأن الحكم شهاده وزياده، فكلّ من لا تقبل شهادته فی حق أحد لا ينفذ حكمه فيه، وقد أنكر جماعه كون الحكم كذلك، فلا مانع من شمول الإطلاقات ونفوذ حكم من ذكر، كالولد على الوالد والعبد على مولاه، وفی أصل قبول هذه الشهاده أخبار متعارضه، سيأتی التعرض لها فی محلّها إن شاء اللّه تعالی.

وكذلك حكم الحاكم على خصمه أو له، إلا إذا رجع حكمه إلى الإقرار، وهذا بحث آخر، ويدلّ عليه - مضافاً إلى الإجماع المدّعی - انصراف الأدلّه عن ذلك، بل المتبادر منها الرجوع إلى الغير، فإن قوله عليه السلام « اُنظروا إلى رجل منكم. . . فتحاكموا إليه» ظاهر فی وجوب ترافع الخصمين عند من كان واجداً للشرائط المعتبره، وإن كان أحدهما كذلك.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۱.

قال السيد صاحب (العروه) (۱)قدّس سرّه: نعم له أن ينقل حقّه إلى غيره ثم يرجع ذلک الغير مع الخصم إليه، فإنه حينئذ ينفذ حكمه لذلک الغير، وإن انتقل إليه بعد ذلک بإقاله أو نحوها. . .

وهل ينفذ حكمه لمن له عليه ولايه خاصه كالأُبوه والوصايه؟

قيل: نعم، لأن الحكم ليس لنفسه، وقيل: لا، لأنه هو المنازع فی الحقیقه، واختاره السید وهو الأظهر.

وأما المولّى عليه بالولايه العامه، فالصحيح نفوذ حكمه، وإلاّ لم يرتفع النزاع فی هذه الموارد، لأن كلّ قاض وليّ الأيتام والمجانين ونحو ذلک.

وإذا كان للحاكم شركه مع غيره فی مال، ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما، كما إذا تنازع أخوه مع غيره فی مال مشترک بينه وبين أخيه من جهه الإرث، فليس للحاكم أن يطالب الغير بالترافع عند نفسه، لكن لأخيه مطالبته بالترافع عنده، وهل ينفذ حكمه حينئذ؟ ذكروا أنه إذا حكم لأخيه نفذ فی حصه أخيه ولا ينفذ فی حصه نفسه. وهذا فيه بحث، لأنه إذا ثبت كون المال إرثاً، كان النصف الآخر للحاكم فی الفرض المذكور، وإلاّ لزم التفكيک بين اللّازم والملزوم.

وأجاب المحقق النراقی قدّس سرّه (۲): بأن اللّوازم الشرعيّه ليست كالعقليّه بل هی قابله للإستثناء.

وفيه: إنه لا يمكن المساعده عليه، لأن الواقع لا ينقلب عمّا هو عليه، لأن

۱- ۱) العروه الوثقى ۳: ۱۶.

۲- ۲) مستند الشيعه ۱۷: ۷۵.

هذا المال، إن كان لأبيهما واقعاً كان الحاكم وأخوه شريكين فيه، وإن لم يكن له، فليس لأحدهما فيه شيء. نعم، يمكن التفكيك فى فصل الخصومه، بأن ترفع بالنسبه إلى حصّه أخيه ويترافع هو والغير عند حاكم آخر لفصل الخصومه فى حصته خاصه.

ولما كانت الملازمه المذكوره بحسب واقع الأمر، فإنه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر، وذلك فى حال الشك فى كون المال إرثاً، نظير ما إذا تيقّن زيد بتنجس ماء معين وشك عمرو، فيجب على الأوّل الإجتناب عنه دون الثانى فله البناء على طهارته الظاهريه، فحصل التفكيك فى الحكم بينهما مع وجود الملازمه بينهما بحسب الواقع، لأنه إن كان طاهراً واقعاً، جاز لهما شربه، وإن كان متنجساً واقعاً، وجب عليهما الإجتناب عنه.

فظهر إمكان التفكيك فى الحكم الظاهرى فى حال الشك فى كون ذلك المال إرثاً، وأما مع إحراز كونه كذلك، فلا يمكن التفكيك بين السهمين.

وقد فرّق السيد (1)فى مسأله الشركه فى صوره كون مورد الدعوى عيناً، بين ما إذا كانت الدعوى بعد إفراز الحاكم حصته عن حصه أخيه وبين ما إذا كانت بعده، قال: إذا كان للحاكم شركه مع غيره فى مال، ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما، نفذ حكمه فى حصّه شريكه لا ـ فى حصّه نفسه. مثلاًـ: إذا تنازع أخوه مع غيره فى مال مشترك بينه وبين أخيه من طرف الإرث وترافعا إليه فحكم لأخيه، نفذ فى حصّه أخيه ولا ينفذ فى حصّه نفسه، ولا يشترك مع أخيه فى تلك الحصّه التى ثبتت لأخيه، إلاّ إذا كانت الدعوى فى عين وقد قسّمها أخوه مع ذلك الغير وأفرز حصّته، إذ حينئذ يشترك معه فى تلك الحصّه لإقراره بالشركه، وأمّا قبل

1- 1) العروه الوثقى 13: 17.

القسـمه فلا يشترك معه، فلأخيه أن ينقلها إلى غيره على إشاعتها، وأمّا إذا كانت الـدعوى ديناً فلا يشاركه مطلقاً ولو بعد القبض على الأقوى.

وفيه نظر، لأنه إن استلزم الإقرار لم يكن فرق بين العين والدين، وإن لم يستلزمه فكذلك، فالتفريق بينهما لا وجه له.

ولو تنـازع جمـاعه مشتركون فى مال مع غيرهم، فأقاموا شاهـداً واحـداً وحلف بعضـهم دون بعض، فإنه يثبت حصّه الحالف دون غيره، لأن يمين كلّ واحد منهم جزء، ولولاه فالخصومه باقيه.

ص:١٢٩

آداب القاضی والقضاء

اشاره

وهی قسمان:

* الآداب المستحبه

* الآداب المکروهه

ص:۱۳۱

آداب المستحبه

قال المحقق قدّس سرّه (۱): « النظر الثانی فی الآداب (۲)وهی قسمان: مستحبه ومکروهه.

فالمستحب: أن یطلب (۳)من أهل ولایته من یسأله عما یحتاج إلیه فی أمور بلده، وأن یسکن عند وصوله فی وسط البلد لیرد الخصوم علیه وروداً متساویاً، وأن ینادی بقدومه إن کان البلد واسعاً لا ینتشر خبره فیه إلا بالنداء، وأن یجلس للقضاء فی موضع بارز مثل رحبه أو فضاء لیسهل الوصول إلیه، وأن یبدأ بأخذ ما فی ید الحاکم المعزول من حجج الناس وودائعهم (۴).

ولو حکم فی المسجد صلّی عند دخوله تحیه المسجد، ثم یجلس مستدبر القبله لیکون وجه الخصوم إلیها، وقیل: یستقبل القبله لقوله علیه السلام: خیر

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۲ - ۷۶.

۲- ۲) لم یتعرض السید الأستاذ دام ظله فی الدرس للآداب توفیراً للوقت، لکنّا نذکر متن عباره المحقق قدّس سرّه مع بعض الفوائد الأخری التی ذکرها الأصحاب فی هذا المقام، لئلاّ یخلو الکتاب من هذا المبحث، وقد صرّحوا بأن کثیراً من هذه الآداب لا دلیل علیه بالخصوص.

۳- ۳) فی المسالک (۱۴: ۳۶۵) : أن یطلب قبل قدومه إلی البلد . فإن لم یتیسر له ذلک قبل الدخول سأل حین یدخل. قال: قیل: ویستحب أن یکون الدخول یوم الاثنین تأسیاً بالنبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم حیث دخل المدینه فی ذلک الیوم. قال فی الجواهر: وهو کما تری. قال: نعم فی کشف اللثام: ینبغی له أن یقصد الجامع إذا قدم ویصلّی رکعتین ویسأل اللّه العصمه والإعانه.

۴- ۴) لأنها کانت فی ید الأوّل بحکم الولایه، وقد انتقلت الولایه إلیه، فیتوصل بذلک إلی تفاصیل أحوال الناس ومعرفه حقوقهم وحوائجهم.

المجالس ما استقبل به القبله، والأوّل أظهر (١).

ثم يسأل عن أهل السجون ويثبت أسماءهم وينادى فى البلد بذلک ويجعل له وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد ويسأله عن موجب حبسه ويعرضه على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده وإلاّ أشاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه (٢).

وكذا لو أحضر محبوساً وقال: لا خصم لى، فإنه ينادى فى البلد، فإن لم يظهر

---

١ - ١) وفاقاً للأكثر ومنهم الشيخ فى النهايه (٣٣٨) ، ولم يظهر وجه كونه الأظهر مع وجود النص المذكور على استحباب الجلوس مستقبل القبله، قال فى جامع المدارک: والجلوس مستدبر القبله لا دليل على استحبابه، بل المستحب بنحو الإطلاق الجلوس مستقبل القبله، وذكر فى وجه ذلک كون الخصوم مستقبلى القبله لعلّهم يخافون اللّه ويرجعون عن الظلم. ولا يخفى أن هذا لا يوجب استحباب استدبار القبله للقاضى.

٢ - ٢) فى الجواهر (۴٠: ٧۴) : « وجواب المحبوس يفرض على وجوه: منها - أن يعترف بالحبس بالحق، فإن كان ما حبس به مالاً أمر بأدائه، فإن قال: أنا معسر فعلى ما عرفته فى الفلس، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره ردّ إلى الحبس، وإن أدّى أو ثبت إعساره نودى عليه فلعلّ له خصماً آخر، فإن لم يظهر خلّى سبيله، وإن كان ما حبس عليه حداً أقيم عليه وخلى. ومنها - أن يقول: شهدت على البينه فحبسنى القاضى، يبحث عن حال الشهود ، فإن كان مذهبه أنه يحبس بذلک تركه أيضاً محبوساً وبحث وإلا أطلقه. ومنها - أن يقول: حبست ظلماً، ففى المسالک: إن كان الخصم معه فعلى الخصم الحجه، والقول قول المحبوس بيمينه. وفيه: إنه يمكن العكس عملاً بأصاله الصحه فى فعل القاضى. وإن كان للمحبوس خصم غائب ففى إطلاقه وإبقائه فى الحبس وجوه: الإطلاق، لأنه عذاب وانتظار الغائب قد يطول، والإبقاء مع الكتابه إلى خصمه، فإن لم يحضر أطلق، والإطلاق مع المراقبه إلى أن يحضر خصمه ويكتب إليه أن يعجّل، فإن تأخّر لا لعذر تركت المراقبه. وعن الشهيد التخيير بينها وبين الكفيل، وهو جيّد، إذ المدار على الجمع بين الحقّين» . وأورد عليه فى جامع المدارک بأنه: كيف يكون من المستحبات! فإن المدين مع إظهار العسر يحبس حتى يتبيّن حاله، ومع تبيّن إعساره لا مجوّز لحبسه، فكيف يكون السؤال عن حاله وموجب حبسه مستحباً!

له خصم أطلقه. وقيل: يحلفه مع ذلك (۱).

ثم يسأل عن الأوصياء وعن الأيتام ويعمل معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولايه، إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه أو ضمّ مشارك إن ظهر من الوصی عجز.

ثم ينظر فی أمناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم، ولأموال الناس من وديعه ومال محجور عليه، فيعزل الخائن ويسعد الضعيف بمشارك أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه. ثم ينظر فی الضوال واللّقط، فيبيع ما يخشی تلفه وما يستوعب نفقته ثمنه، ويتسلّم ما عرّفه الملتقط حولاً إن كان شیء من ذلک فی يد أمناء الحاكم، ويستبقی ما عدا ذلک مثل الأثمان والجواهر محفوظه على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر، ويحضر من أهل العلم (۲)من يشهد حكمه فإن أخطأ نبّهوه، لأن المصيب عندنا واحد، ويخاوضهم فيما يشتبه من المسائل النظريه لتقع الفتوى مقرره.

ولو أخطأ فأتلف لم يضمن، وكان على بيت المال (۳).

---

۱ - ۱) فی الجواهر (۴۰: ۷۵) : إستحسنه بعضهم. وفيه: أنه لا وجه مع عدم خصم له، والأصل البراءه، ولذا نسبه المصنف إلی القيل مشعراً بتمريضه.

۲- ۲) فی المسالک (۱۳: ۳۷۳) : المراد بأهل العلم المجتهدون فی الأحكام الشرعيه لا مطلق العلماء، وخالفه فی الجواهر حيث قال: ولا يعتبر فيهم الاجتهاد لأنه ليس المراد تقليدهم. وفی المستند: إنه لا ينحصر من ينبغی إحضاره بالمجتهدين، إذ يجوز لغير المجتهد تنبيه المجتهد فما فی المسالک ليس بجيّد. لكن فی جامع المدارک: وكذلک إحضار أهل العلم حال الحكم لكونه فی معرض السهو والخطأ، فمع الإطمئنان بعدم السهو والخطأ يكون معذوراً إذا أخطأ، ومع عدم الإطمئنان كيف يجوز له الحكم حتی يقال: يستحب إحضارهم للتنبيه على الغفله والخطأ.

۳- ۳) قد تقدّم فی الكتاب أنه مع عدم تقصير القاضی فی الحكم وتحصيل مقدماته لا يضمن شيئاً لو أخطأ فی الحكم، بل يكون على بيت المال. قال فی الجواهر: بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى. وفی الوسائل: باب أن أرش خطأ القاضی فی دم أو قطع على بيت المال. وقد جاء فيه: عن الأصبغ بن نباته قال: « قضی أمير المؤمنين عليه السلام: أن ما أخطأت القضاه فی دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين» وسائل الشيعه ۲۷: ۲۲۶/۱۰. أبواب آداب القاضی، الباب ۱۰، وهو - كما ترى - وارد فی مورد ديه الدم والقطع لكن عباراتهم مطلقه، وللسيّد فی العروه فی صوره كون مورد الحكم مالاً تفصيل، فراجع العروه ۳: ۲۹.

وإذا تعدّى أحد الغريمين عرّفه خطأه برفق، فإن عاد زجره، فإن عاد أدبّه بحسب حاله، مقتصراً على ما يوجب لزوم النمط.

آداب المكروهه

والآداب المكروهه: أن يتخذ حاجباً وقت القضاء (١)، وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً، وقيل: لا يكره مطلقاً، إلتفاتاً إلى ما عرف من قضاء على عليه السلام بجامع الكوفه (٢)، وأن يقضى وهو غضبان (٣)وكذا يكره مع كلّ وصف

١- ١) للنبوى العامى (مسند احمد ۵: ٢٣٨) : « من ولى شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب اللّه تعالى دون حاجته وفاقته وفقره» قال فى الجواهر (۴٠: ٨٠) : بل ربما قيل بالحرمه، بل عن الفخر أنه قرّبه مع اتخاذه على الدوام بحيث يمنع أرباب الحوائج ويضرّبهم، بل فى المسالك: هو حسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور. قال: وإن كان الجميع كما ترى، ضروره كون المراد كراهه اتّخاذه من حيث كونه حاجباً فلا ينافى الحرمه من جهه أخرى. وفى جامع المدارك: لا يخفى أن المستفاد من هذا الحديث الحرمه أو الكراهه لنفس الاحتجاب وليس من المكروهات أو المحرمات لنفس القضاء.

٢- ٢) فى المستند (١٧: ۵٩) : « القضاء فى المسجد مكروه مطلقاً وفاقاً للأكثر كما فى المعتمد، لمرسله ابن أسباط: جنّبوا مساجدكم الشرى والبيع والمجانين والصبيان والأحكام والضالّه والحدود ورفع الصوت. ومرسله الفقيه: جنّبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشرائكم وبيعكم والضالّه والحدود والأحكام. والإستدلال بالنبوى: جنّبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم، منظور فيه. وقيل باستحبابه كذلك، لأن المسجد للذكر ومنه القضاء، ولكونه أفضل الأعمال اللاّئق بأشرف البقاع. وقيل بالإباحه، للأصل وفعل على عليه السلام، حتى أن دكه قضائه مشهوره. وقيل: بكراهه الدائم دون غيره، جمعاً بين أدله المنع والجواز. . .» .

٣- ٣) يدل عليه ما رواه السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: من ابتلى بالقضاء فلا يقضى وهو غضبان» . وفى روايه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال لشريح: « . . . وإن غضبت فقم ولا تقضين وأنت غضبان» . أنظر باب كراهه القضاء فى حال الغضب من وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٣/٢. أبواب آداب القاضى. الباب ٢.

یساوی الغضب فی شغل النفس کالجوع والعطش والغم والفرح ومدافعه الأخبثین وغلبه النعاس (۱).

فلو قضی والحال هذه نفذ إذا وقع حقاً، وأن یتولّی البیع والشراء لنفسه (۲)، وکذا الحکومه (۳)، وأن یستعمل الإنقباض المانع من اللّحن بالحجّه، وکذا یکره اللّین الذی لا یؤمن معه جرأه الخصوم.

ویکره أن یرتّب للشهاده قوماً دون غیرهم، وقیل: یحرم، لاستواء العدول فی موجب القبول، ولأن فی ذلک مشقّه علی الناس بما یلحق من کلفه الإقتصار (۴).

۱- ۱) یدل علی ذلک ما رواه الشیخ الکلینی بإسناده عن سلمه بن کهیل فی وصیه أمیر المؤمنین لشریح: « ولا تقعد فی مجلس القضاء حتی تطعم» وسائل الشیعه ۲۷: ۲۱۱/۱. أبواب آداب القاضی، الباب ۱. وما رواه العامه فی النبوی: « لا یقضی إلا وهو شبعان ریّان» وما ذکروه فی آخر عنه: « لا یقضی وهو غضبان مهموم ولا مصاب محزون» . قال فی المستند (۱۷: ۶۲) : وقد صرحوا بکراهه سائر ما یشبه المذکورات من شاغلات النفس ومشوبات الخاطر، ولا بأس به وإن لم أعثر علی نص عام. ویمکن استنباط الجمیع من التعلیل المذکور فی المروی عن الأمالی.

۲- ۲) فی الجواهر (۴۰: ۸۳) : « فی مجلس الحکم وغیره مع من یعلم أنه یحاسبه وغیره. . . بل الظاهر إلحاق غیر البیع والشراء من المعاملات بهما. . .» .

۳- ۳) فی الجواهر (۴۰: ۸۳) : بأن یقف بنفسه مع خصمه عند قاض آخر. . . وما اتفق وقوعه منه علیه السلام أو من النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم إنما کان لبیان بعض الأحکام الشرعیه التی أخطأ فیها من نصب نفسه قاضیاً للناس أو لغیر ذلک من المصالح.

۴- ۴) نسب القول بالحرمه إلی الشیخ قدّس سرّه فی المبسوط. وقد نقل فی الجواهر عبارته ثم قال: ومن ذلک یعلم أن الشیخ غیر مخالف فی مفروض المتن. . . فراجع (الجواهر ۴۰: ۸۳) .

مسائل

اشاره

هـل للقاضـی أن یحکم بعلمه؟ * حکم مـا لو لم یعرف الحـاکم عـداله البینه * هـل للحاکم الثانی نقض حکم الاول؟ * فی تتبع الحاکم حکم من قبله * فی دعوی إن المعزول حکم علیه بشـهاده فاسقین * فی تعدد وعداله مترجم الحاکم * فی شرائط کاتب القاضـی. فروع حول عـداله الشاهدین * فی تفریق الشـهود عند الشـهاده * فیما یعتبر فی الشـهاده بالجرح * فی الحکم باسـتمرار العداله حتی تبین ما ینافیها * فی کتابه الحاکم قضایا کلّ اسـبوع * هل یجب علیه کتابه المحضر؟ * یکره له أن یعنت الشهود * لا یجوز له أن یتعتع الشاهد * یکره له أن یضیف أحد الخصمین * فی حرمه الرشوه * فی إحضار الخصم إلی مجلس القضاء.

ص:۱۳۹

المسأله الاولی: (هل للقاضی أن یحکم بعلمه؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « وهنا مسائل: الأولی: الإمام علی السّلام یقضی بعلمه مطلقاً، وغیره من القضاه یقضی بعلمه فی حقوق الناس، وفی حقوق اللّه تعالی علی قولین، أصحّهما القضاء. ویجوز أن یحکم فی ذلک کلّه من غیر حضور شاهد یشهد الحکم» .(۱)

أقول: أما حکم قضاء الإمام بعلمه، فلا ثمره للبحث عنه (۲)إلّا من جهه أنه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۵.

۲- ۲) ذکروا أن للإمام أن یقضی بعلمه مطلقاً، أی فی حق اللّه وحق الناس، واستدلّوا لذلک بالکتاب والسنّهوالإجماع، فمن الکتاب قوله تعالی: «یٰا دٰاوُدُ إِنّٰا جَعَلْنٰاکَ خَلِیفَهً فِی اَلْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّٰاسِ بِالْحَقِّ» (سوره ص ۳۸: ۲۶) . ومن السنّه بأخبار منها: ما رواه الصدوق بإسناده إلی قضایا أمیر المؤمنین علیه السلام - وقد وصفوه بالشهره - قال: « جاء أعرابی إلی النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم فادّعی علیه سبعین درهماً ثمن ناقه باعها منه. فقال: قد أوفیتک. فقال: اجعل بینی وبینک رجلاً یحکم بیننا، فأقبل رجل من قریش فقال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: اُحکم بیننا، فقال للأعرابی: ما تدّعی علی رسول اللّه؟ فقال: سبعین درهماً ثمن ناقه بعتها منه، فقال: ما تقول یا رسول اللّه؟ فقال: قد أوفیته، فقال للأعرابی: ما تقول؟ فقال: لم یوفنی، فقال لرسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: ألک بینه أنک قد أوفیته؟ قال: لا، فقال للأعرابی: أتحلف أنک لم تستوف حقک وتأخذه؟ فقال: نعم، فقال رسول اللّه: لأتحاکمّن مع هذا إلی رجل یحکم بیننا بحکم اللّه، فأتی علی بن أبی طالب علیه السلام ومعه الأعرابی، فقال علی علیه السلام: مالک یا رسول اللّه؟ قال: یا أبا الحسن، اُحکم بینی وبین هذا الأعرابی، فقال علی علیه السلام: یا أعرابی ما تدّعی علی رسول اللّه؟ قال: سبعین درهماً ثمن ناقه بعتها منه. فقال: ما تقول یا رسول اللّه؟ قال: قد أوفیته ثمنها. فقال: یا أعرابی أصدق رسول اللّه فیما قال؟ قال الأعرابی: لا ما أوفانی شیئاً. فأخرج علی سیفه فضرب عنقه. فقال رسول اللّه: لم فعلت یا علی ذلک؟ فقال: یا رسول اللّه، نحن نصدّقک علی أمر اللّه ونهیه، وعلی أمر الجنه والنار والثواب والعقاب ووحی اللّه عزّ وجل، ولا نصدّقک علی ثمن ناقه الأعرابی، وإنی قتلته لأنه کذّبک لما قلت له: أصدق رسول اللّه. فقال: لا ما أو فانی شیئاً. فقال رسول اللّه: أصبت یا علی، فلا تعد إلی مثلها. ثم التفت إلی القرشی وکان قد تبعه فقال: هذا حکم اللّه لا ما حکمت به» . ومنها: ما رواه الصّدوق بإسناده عن ابن عباس، وذکر قضیه عن أمیر المؤمنین علیه السلام نحو القضیه المذکوره. ومنها: ما رواه الصّدوق بإسناد عن عماره بن خزیمه بن ثابت عن عمّه: « أن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم ابتاع فرساً من أعرابی فأسرع لیقضیه ثمن فرسه فأبطأ الأعرابی، فطفق رجال یعترضون الأعرابی فیساومونه بالفرس ولا یشعرون بأن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم ابتاعها، حتی زاد بعضهم الأعرابی فی السوم، فنادی الأعرابی فقال: إن کنت مبتاعاً لهذا الفرس فابتعه وإلّا بعته، فقام النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم حین سمع الأعرابی فقال: أو لیس قد ابتعته منک؟ فطفق الناس یلوذون بالنبی وبالأعرابی وهما یتشاجران، فقال الأعرابی: هلمّ شهیداً یشهد أنی قد بایعتک، ومن جاء من المسلمین قال للأعرابی: إن النبی لم یکن یقول إلّا حقاً، حتی جاء خزیمه بن ثابت فاستمع لمراجعه النبی للأعرابی فقال خزیمه: إنی أنا أشهد أنک قد بایعته، فأقبل النبی علی خزیمه فقال: بم تشهد؟ فقال: بتصدیقک یا رسول اللّه، فجعل رسول اللّه شهاده خزیمه بن ثابت شهادتین وسمّاه ذا الشهادتین» .

وهذه الأخبار تجدها فى وسائل الشيعه ۲۷: ۲۷۴. أبواب كيفيه القضاء، الباب ۱۸. ومنها: خبر درع طلحه المذكور سابقاً. واستدلّ له أيضا بفحوى الأدلّه الـدالّه على قضاء غير الإمام بعلمه، وبأن عصـمه الإمام تمنع من التهمه، وبوجوب تصـديق الإمام فى كلّ ما يقول. وأما الإجماع، فقـد حكى عن كتب جماعه من الأصـحاب، كالإنتصار والخلاف والغنيه والإيضاح وغيرها. هذا، وربما نقل الخلاف فى هذه المسأله عن بعض القدماء.

إذا ثبت أن الإمام علیه السلام لا یقضی بعلمه ثبت عدم جواز القضاء لغیره من

القضاه بعلمه بالأولويّه، ولكن قد وجدنا أنه قد قضى بعلمه فی بعض الموارد، إلّا أن هذا بوحده لا يكفى للقول بجوازه لغيره كما لا يخفى، بل لابدّ من ملاحظه الأدلّه بالنسبه إليه.

وأما غير الإمام من القضاه، فلا كلام ولا إشكال فى حكمه بعلمه فى الشبهات الحكميّه، فلو تنازع الولد الأكبر مع سائر الورثه فی حكم الحبوه - لاختلاف فتوى مقلديهما فى المسأله، فرضى الطرفان بالترافع عند مجتهد ثالث، حكم بينهما بما رآه، ولزم عليهما قبول حكمه.

وإنما الكلام فى الشبهات الموضوعيّه، كما إذا تنازع زيد مع عمرو فى مال، وعلم القاضى بأنه لزيد، فهل له أن يحكم بعلمه من دون بينه أو إقرار أو لا؟ الحق هو الأوّل، وفاقاً للمشهور بل حكى الإجماع عليه عن جماعه من الأكابر، وقد حكى عن بعضهم التفصيل بين حق اللّه وحق الناس، فأجازه فى الأوّل دون الثانى، وعن آخر التفصيل على عكسه، لما تقرّر فى محلّه فى القطع الموضوعى، من أنه إذا أخذ القطع فى موضوع الحكم بما هو طريق له، قامت الإماره مقامه فى العمل - بخلاف ما إذا أخذ بما هو صفه خاصه قائمه بالشخص - فإذا كان الظن الحاصل من البيّنه بما هى طريق يترتب عليه الأثر لحجيّتها، فإن العلم أقوى من البينه، فيجب ترتيب الأثر عليه بالأولويّه (١).

ويدلّ عليه - بعد الإجماع - ما ذكروه من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم، أو إيقاف الحكم، واستلزامه عدم وجوب إنكار المنكر، وعدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه.

۱- ۱) وأشكل عليه بعدم معلوميه العله فى البينه حتى يقاس عليها العلم.

ویـدلّ علیه أیضـاً: عموم ما دلّ علی الحکم بالحق والقسط والعـدل، فإذا علم بکون المال لزیـد وجب علیه الحکم بـذلک وکان علی عمرو قبوله.

وأشـکل المحقق العراقی قدّس سـرّه علی الاستدلال بهذه العمومات بأن التمسک بها فرع کون المراد من الحکم والحق والقسط والعـدل هـو الحکم والحق وأخویه فی نفس الواقعه، ولاـزمه حینئـذ کون القضـاء من آثـار نفس الواقع لاـ من آثـار الحجه علیه، ولکن لا یخفی أن مثل هذا المعنی ینافی ما فی قوله: « رجل قضی بالحق وهو لا یعلم» ، إذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء لا وضعاً ولا تکلیفاً. . . .

ویمکن رفع المنافـاه: بأنه وإن کان ظاهر العمومات کون الواقع تمام الموضوع للحکم، لکن هـذه الروایه تقضـی باعتبار أمر آخر مع ذلک، وهو کون القاضی عالماً بالواقع، فیکون مجموع الأمرین هو الموجب لنفوذ الحکم وفصل الخصومه.

وأمـا حمل الروایه علی بیان شـرطیه العلم فی أصل القضاء، أو إثبات العقوبه علی مثل هـذا القاضـی، من جهه تجرّیه علی القضاء بغیر علم وإن کان نافذاً، فخلاف الظاهر.

فیکون حاصل الجمع: إن الحکم النافـذ هو الحکم المطابق للواقع مع علم الحاکم بهذه المطابقه، وإن کان هذا العلم جهلًا مرکباً فی نفس الأمر، ومع شک المتخاصمین بکون الحاکم عالماً بالواقع فلا ینفذ، لکن لا یشترط علمهما بالمطابقه، ومع علمهما بعدم المطـابقه، فیـؤثّر الحکم فی رفـع الخصومه خـاصه، فظهر أن العلم بوصف الطریقیّه جزء لموضوع الحکم، وتقوم الـبیّنه والأیمـان مقامه مع عدمه، مع

الفرق بينهما من جهه أن العلم حجه بذاته ولا سبيل للجعل إليه، بخلافهما.

هـذا، ولكنّ المستفاد من طـائفه من آيات الكتاب العظيم كقوله تعالى: « وَ لْيَحْكُمْ أَهْلُ اَلْإِنْجِيلِ بِمٰا أَنْزَلَ اَللّٰهُ فِيهِ وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اَللّٰهُ فَأُولٰئِكَ هُمُ اَلْفٰاسِقُونَ» (١)وقوله تعالى: «وَ أَنِ اُحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اَللّٰهُ» (٢)أن على الحاكم أن يحكم « بما أنزل اللّه» ، وظاهر ذلك أن « ما أنزل اللّه» هو موضوع الحكم بين الناس، ومع العلم به يجب الحكم بحسبه عقلاً، وإلاّ لم يجز الحكم لأنه افتراء على اللّه تعالى، فموضوع الحكم هو الواقع فقط، فإن علم به حكم بحسبه، ومع عدم العلم لم يجز له الحكم عقلاً ولا شرعاً.

وأما البيّنات والأيمان، فلا تحمل على ما هو الغالب كما قال فى (الجواهر) ، بل إنها طريق شرعى لإحراز الموضوع - وهو الواقع - عند عدم العلم به، فلا دخل للعلم ولا للبيّنات والأيمان فى فصل الخصومه.

وأما قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم فى قضيه الملاعنه: « لو كنت راجماً من غير بيّنه لرجمتها» الظاهر فى توقف الرّجم على البيّنه بالرغم من علمه بالواقع، فلا يمكن حمله على مورد الشك.

فقد أجيب عنه بعدم ثبوته من طرقنا، ومع التسليم، فلا مانع من قيام الدليل على عدم ترتيب الأثر على العلم فى إجراء بعض الحدود، بل للشارع أن لا يرتّب الأثر على الواقع فى مورد، وإن كان المستفاد من آيات الكتاب كون الحكم من آثار الواقع.

١- ١) سوره المائده ۵: ۴٧.

٢- ٢) سوره المائده ۵: ۴٩.

وأما المتخاصمان، فلا- يحكم عليهما بالعمل بما أنزل اللّه، بل عليهما العمل بالحكم وتنفيذه، نعم، لا يكلّفان بذلك فی صوره علمهما بالخلاف، نعم، الحكم يفصل الخصومه بينهما.

هذا، وقد استثنى القائلون بالمنع صوراً من القضاء بالعلم، فأفتوا فيها بالجواز.

منها: تزكيه الشهود وجرحهم.

قلت: قد يقال بترتب الأثر هنا شرعاً على إقامه البينه للتعديل، وأنه لا يكفى علم القاضی بالعداله، ولكن يندفع هذا باستلزامه للدور أو التسلسل، على أنه قد حكى الإجماع على الجواز فی هذه المسأله.

ومنها: تعزير من أساء الأدب فی مجلس القضاء وإن لم يعلم به غير القاضی حتى لا تقلّ أبّهه القضاء.

ومنها: الإقرار فی مجلس القضاء وإن لم يسمعه غير الحاكم.

أقول: أما نحن، ففی سعه من إقامه الدليل على الجواز فی هذه الموارد، إذ المختار هو الجواز مطلقاً، لكن على من استثناها بيان ذلك (۱).

ص:۱۴۶

۱- ۱) وأما قول المحقق فی آخر المسأله: ويجوز أن يحكم. . . فالمراد منه أنه لا يشترط فی حكمه بعلمه حضور شاهد يشهد الحكم. وهو إشاره إلى خلاف بعض العامه. وفی القواعد: لكن يستحب. قال شارحوه: دفعاً للتهمه، لكن فی الجواهر: لم نتحقق دليله. . .

المسأله الثانيه: (حكم ما لو لم يعرف عداله البيّنه)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا أقام المدّعى بينه ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدّعى حبس المنكر ليعدّلها، قال الشيخ رحمه اللّه يجوز حبسه لقيام البيّنه بما ادّعاه، وفيه إشكال، من حيث لم يثبت بتلك البيّنه حق يوجب العقوبه» (۱).

أقول: فى المسأله قولان، وقد جعل بعضهم الخلاف فى المسأله مبتيّاً على الخلاف فى أن العداله فى البيّنه شرط، فما لم يحرز الشرط لا يعتبر بها، فيكون قيام البيّنه غير المعلوم عدالتها كالعدم، أو أن فسقها مانع عن الحكم فيكفى فى ثبوت الحق بها عدم العلم بفسقها، ومع الشك فيه فالأصل عدمه.

وقد يؤيد الأوّل: بأن الأصل فى الأشخاص هو العداله حتى يثبت الخلاف، وبأن الأصل فى فعل المسلم هو الصحه، فتحمل الشهاده على الصّحه ويحكم على طبقها.

وفى ذلك كلّه نظر، إذ لا يقتضى شىء من هذه الوجوه جواز حبسه، ولا سيّما فى حال استلزام ذلك بقائه فى السجن مده من الزمن، فأمّا أصاله الصحّه، فهى تجرى فى فعل المسلم لا بالنسبه إلى شخصه، وأما كون الأصل فى كلّ شخص مسلم هو العداله، فليس هذا أصلاً عقلائياً يبنى العقلاء عليه أمورهم، وإجراء أصاله

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۵.

الإسـلام بالنسـبه إلی من شک فی کونه مسـلماً فی بلـد أکثر أهله مسـلمون، هو من باب الغلبه، ولیست العـداله فی هذا الحدّ بین المسلمین.

فالحقّ - وفاقاً للمشهور - عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق، بل هو کذلک حتی علی القول بمانعیّه الفسق، لأنه - ولو سلّم تمامیّه قاعـده المقتضـی والمانع - لا یحصل القطع بالحق ما لم یقطع بعـدم المانع، علی أن مقتضـی القول بتمامیّه القاعده فی المقام هو الحکم رأساً لا الحبس ریثما یثبت الحق.

وبالجمله، فما لم تثبت عداله البیّنه لا یجوز الحبس.

ص:۱۴۸

المسأله الثالثه: (حكم ما لو لم يعرف عداله البيّنه)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثانى ينظر، فإن كان الحكم موافقاً للحق لزم وإلاّ أبطله، وكذا كلّ حكم قضى به الأوّل وبان للثانى فيه الخطأ، فإنه ينقضه، وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ. . ». (1)

أقول: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه حتى يستوفى منه الحق، ثم حضر الحاكم الثانى بعد موت الأوّل أو انعزاله مثلاً قال المحقق قدّس سرّه: ينظر الثانى فى حكم الأوّل، فإن كان الحكم موافقاً للحق أمضاه وألزمه بدفع المال، وإن وجده مخالفاً للحق أبطله. وفى المسأله فروع كثيره.

حكم تجديد المرافعه:

فنقول: لا ريب فى أن حكم الحاكم نافذ بالنسبه إلى المحكوم عليه، فلايجوز له بعد الحكم الإباء عن قبوله أو المطالبه بتجديد المرافعه عنده أو عند حاكم آخر، لأنه ردّ عليه، والرادّ عليه كالرادّ على الإمام عليه السلام.

ولا إشكال فى عدم جواز إلزام المحكوم له بالحضور عند حاكم آخر للترافع

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۵.

مره أخرى، ولو رضى المحكوم له بذلك فقيل: لا مانع من ذلك، وقيل: لا يجوز كذلك لعدم الأثر لرضا المحكوم له.

ومنشأ الخلاف هو هل يصدق الردّ بذلك أو لا؟ والأقوى هو القول الثانى، لصدقه حينئذ، على أنه لو جاز للزم التسلسل، نعم، لو ادعى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأوّل فى الحكم أو فى بعض مقدماته، كان له الترافع معه عند حاكم آخر. . . .

هذا كلّه بالنسبه إلى المحكوم عليه.

حكم نظر الثانى فى حكم الأوّل:

وأما بالنسبه إلى الحاكم الثانى، فقيل بوجوب النظر عليه فى حكم الأوّل، وقيل: لا يجب عليه ذلك، وقيل: بل لا يجوز.

ومنشأ الخلاف هو الخلاف فى صدق الردّ على النظر كذلك، لكن الظاهر العدم، كما أن جريان أصاله الصحّه فى حكم الحاكم الأوّل لا يقتضى حرمه النظر والسؤال عن الواقع فى ذلك المورد، ولا دليل على وجوب العمل بهذا الأصل، فلو أوقع عقداً وشك فى صحّته، لم يمنع الإحتياط بإجرائه مرّه أخرى جريان أصاله الصحه فيه، فالظاهر جواز النظر فى الحكم وإن أمكن حمله على الوجه الصحيح، نعم، لو استلزم النظر نقض حكم صحيح لم يجز له ذلك، وأما القول بالوجوب فمشكل جدّاً، لأن الشك فى صحه حكم الحاكم الأوّل الواجد للشرائط لا يقتضى وجوب النظر كما لا يخفى.

وهل يجب على الحاكم الثانى النظر فى الأمور الجاريه فى البلد؟ الظاهر: لا، إلا إذا طالبه أحد من الناس بالنظر فى قضيه، أو كانت له دعوى بالنسبه إلى الحاكم

الأوّل، فحينئذ، يجب عليه النظر لفصل الخصومه.

أما قول المحقق « ينظر» فظاهره وجوب النظر، وبه صرّح فی (الجواهر) (۱)وقال فی (المسالک) (۲)بوجوب النظر فی صورتین، إحداهما: دعوی المحکوم علیه جور الحاکم الأوّل فی حکمه، والثانیه: کون الغریم محبوساً ولم یفصل الأمر بعد.

أقول: إن کان النظر فی مورد لم تفصل الخصومه فیه، فلا مانع منه بل هو واجب، وإن کان بعد تمام حکم الحاکم الأوّل، لکن امتنع المحکوم علیه من أداء الحق فأمر بحبسه، فلا وجه للقول بوجوب النظر ولا جوازه، لأن المفروض تمام الحکم فالردّ علیه غیر جائز، لا سیما مع عدم دعوی المحکوم علیه تقصیر الحاکم الأوّل فی الحکم. نعم، علی الحاکم الثانی حینئذ مراجعه الغریم، فإن کان عنده ما یجب علیه أداؤه، وجب علیه إجباره علی الأداء من باب الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر، وأما النظر فی الحکم، فلا وجه له. وحمل عباره المحقق علیه غیر صحیح، ولذا استشکل فی (الجواهر) فی الفتوی بوجوبه، وحمل فی (المسالک) کلام المحقق علی مورد دعوی المحکوم علیه جور الحاکم الأوّل، وحمله فی (الجواهر) علی إراده النظر إن شاء. وفیه: إن أدله حرمه النقض وإنفاذ الحکم، تعم المورد الذی احتمل صدقه فیه، فلا یجوز النظر، بل یحمل الحکم حینئذ علی الصحه. . . فظهر: أنه لابدّ من حمل عباره المحقق قدّس سرّه علی معنی آخر غیر وجوب النظر، وما ذکره الشهید الثانی هو الأولی.

بل لا یجوز النظر حتی مع تراضی الخصمین، خلافاً لصاحب (الجواهر)

ص:۱۵۱

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۹۳.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۸۸.

قدّس سرّه، إذ لا وجه لذلک أیضاً، مع صدق النقض والردّ علی هذا النظر، وحمل عباره المحقق علی هذا الوجه فی غیر محلّه.

ولا ینافی ذلک ما ذکره الأصحاب فی آداب القضاء من نظر الحاکم الثانی فی المحبوسین، إذ لا منافاه بین استحباب النظر وعدم جواز تجدید الحکم، بمعنی أن ینظر فی المحبوسین، فمن وجده محبوساً بحکم حاکم ترکه فی الحبس. . .

نعم، یجب تجدید النظر فی صوره دعوی المحکوم علیه کون حکم الحاکم الأوّل علی خلاف القواعد والأحکام المقرره فی القضاء، فإن کان حکمه عن تقصیر فهو ضامن، وإن کان عن قصور فضمانه من بیت المال.

فالحاصل: إنه مع حکم الحاکم الأوّل وفصل الخصومه بحکمه وحبس المحکوم علیه، لا یجوز تجدید النظر بمجرد امتناع المحکوم علیه عن أداء الحق، وإن رضی المحکوم له بذلک.

وقد ظهر بما ذکرنا أنه لا مجال للقول بتجدید النظر، إلاّ فی صوره دعوی المحکوم علیه مخالفه الحاکم الأوّل لأحکام القضاء فی حکمه، فإنها مورد البحث والکلام، فقیل بلزوم النظر وإن أمکن حمله علی الوجه الصحیح، وأنه ینفذ حکم الحاکم الثانی وإن استلزم النقض.

أقول: إن استلزم نقض الحکم مع إمکان حمله علی الوجه الصحیح فهو مشکل، وإلاّ وجب النظر، إذ لا وجه لعدم سماعها حینئذ.

وأما التتبع لحکم الحاکم الأوّل والتفحص عن دلیل حکمه للوقوف علیه والبحث عن صحته وعدم صحته من غیر موجب لذلک، فغیر جائز، إلاّ أن یدّعی بأن حکم الحاکم الأوّل بوحده لا یکفی للحمل علی الصحه، فلو حکم علی الغریم بأداء الحق وأخذه منه وأعطاه لمن له الحق، فحینئذ لا یجوز النظر فیه، لأنه نقض

لحكمه أو لأنه ليس مورداً للإبتلاء، وأما مع صدور الحكم المجرّد عن استيفاء الحق فالنظر واجب، لكون الحكم الأوّل ناقصاً، فعندما حضر الحاكم الثانى وأراد استيفاء الحق، فلابدّ من تجديد النظر فى أصل الحكم ليكون مسوّغاً لاستنقاذ الحق، لكن عباره المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى، فإن ظاهرها تمام الحكم لا نقصانه.

وكيف كان، فلا يشترط فى حكم الحاكم استيفاء الحق، بل الحكم بدونه تام، إلّاأن تقوم دعوى أخرى لأجل استيفاء الحق، فلو ادّعى المحكوم عليه الإعسار، سمعت دعواه وطولب بالبيّنه وأُمهل حتى اليسار كى يؤدى الحق، فظهر أن القول بالنظر فى هذه الصوره مشكل.

وأمّا لو ادّعى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل فى الحكم، فهل يكون سماعها ردّاً على الحكم أو لا؟ التحقيق: أنه إن كان المراد من الحكم الواجب إنفاذه والمحرّم نقضه، هو الحكم الصادر بحسب القواعد والأدلّه الشرعيه، فكلّ حكم لا يكون كذلك فليس حراماً نقضه، فلا وجه لقول صاحب (الجواهر) « وإن اقتضى نقض الأوّل» . وأمّا إذا صدق عليه النقض، فلا مناص من الإلتزام بتخصيص أدلّه سماع الدعوى لأدلّه نفوذ الحكم، فلا يجوز نقض الحكم، إلّاإذا كان عن جور أو تقصير.

ويكون المسوغ لأصل النظر فى الحكم - مع وجود الأدلّه الآمره بحمله على الوجه الصحيح - هو دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل، فإن ذلك يوجب النظر فى الحكم مع وجود الأصل المذكور، لأن هذا الأصل لا يقتضى عدم جواز النظر.

فتلخّص: إن الحق وجوب النظر فى هذه الصوره، وعليه يحمل عباره المحقق كما فى (المسالك) ، وأما حمله على صوره تراضى الخصمين أو صوره صدور الحكم

من الحاكم الأوّل من غير استنقاذ للحق كما فى (الجواهر) ، فغير صحيح كما تقدّم، وقد عدل هو قدّس سرّه عن ذلك أيضاً، وحمله على إراده النظر إن شاء، وقد تقدّم ما فيه أيضاً.

متى يجوز النقض؟

وكيف كان، فمع جواز النظر يجوز نقض الحكم بالدليل الإجتهادى المعتبر، ولا يختص جواز النقض بصوره مخالفه الحاكم الأوّل للإجماع أو الدليل المعتبر كالخبر المتواتر. وبعباره أخرى: إن كان الحكم الأوّل طبق الموازين الشرعيّه فلا يجوز نقضه، سواء بالقطع النظرى أو غيره من الأدلّه المعتبره أو الظن الإجتهادى، وأما إذا كان الحاكم الأوّل مقصّراً فى اجتهاده، أو قد حكم غافلاً عن دليل معتبر فى المسأله فأخطأ على أثر ذلك فى الحكم، جاز نقض الثانى حكمه، سواء كان عن قطع أو غيره.

والأوضح أن يقال: إن أمكن للحاكم الثانى أن يعذر الأوّل فى حكمه – وإن كان مخالفاً له فى الرأى – فلا يجوز نقضه، وإن لم يمكنه ذلك نقضه بلا إشكال، بل إن هذا ليس نقضاً فى الحقيقه، وإنما يكون تنبيهاً على الخطأ فى الحكم.

ولا فرق فى هذا بين العقود والإيقاعات وغيرها، حتى الأحكام الوضعيّه كالطهاره والنجاسه ونحوهما، ولا بين حق اللّه سبحانه وحق الناس.

وأما دعوى الإجماع من بعضهم على عدم جواز نقض الحكم الناشىء عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك، وإنما يجوز نقضه بالقطعى من إجماع أو سنّه متواتره أو نحوهما، فمندفعه أولاً: بأنه إجماع منقول، وثانياً: بأن المفروض بطلان ذاك الإجتهاد عنده بعد تبدّل رأيه أو عند الحاكم الثانى، فلا يكون حجه حينئذ ولا

يصدق عليه النقض، لعدم وجوب تنفيذه بعد ظهور بطلانه.

وحيث لم يجز النقض وجب على الحاكم الثانى إنفاذ حكم الحاكم الأوّل وإن خالفه فى الرأى، ولكن هل يجب عليه متابعه الحاكم الأوّل حينئذ عملاً بالنسبه إلى نفسه ومقلّديه، أو يكتفى فى التنفيذ بمقدار فصل الخصومه به؟ ظاهر (الجواهر) الأوّل، والمختار هو الثانى، لئلّا يلزم القول بالتصويب.

وكما لا يجوز نقض الحكم بالحكم، كذلك لا يجوز نقضه بالفتوى، بل يبقى الحكم فى مورد النزاع على قوّته ونفوذه وإن تبدل الرأى، ولا فرق هنا أيضاً بين العقود والإيقاعات والأحكام الوضعيه، وكذا الأمر فى العبادات، فلو توضّأ بماء محكوم بالطهاره صحّ وضوؤه وصلاته به. قالوا: والدليل هو الإجزاء.

أقول: الإجزاء تاره يكون بالحكم الظاهرى، وأخرى بالحكم الاضطرارى الثانوى. أما فى الثانى، فمع كشف الخلاف يكون الحكم متغيراً حقيقه، وأمّا فى الأوّل، فمعه يبتنى الحكم بصحّه الصلاه على القول بالإجزاء. وكيف كان، فإنّ بقاء الحكم حينئذ يختص بمورده فقط كما هو واضح.

وأما الفتوى، فيجوز نقضها بالحكم، وحينئذ، يجب على غير الحاكم من المجتهدين ومقلّديهم تنفيذ هذا الحكم وإمضاؤه، فلو كان مذهبه - إجتهاداً أو تقليداً - نجاسه عرق الجنب من الحرام مثلاً، واشترى مائعاً فتبين أنه كان ملاقياً لعرق الجنب من الحرام، فتنازع مع البائع فى صحه البيع وعدمها، وترافعا إلى مجتهد كان مذهبه عدم نجاسته وصحه البيع، فحكم بصحته، لزم على المشترى العمل بحكمه وجاز له التصرف فى ذلك المائع، ففى هذا المورد بالخصوص يعمل بمقتضى الطهاره ويبنى عليها وينقض الفتوى بالنسبه إليه بذلك الحكم.

وأما بالنسبه إلى سائر الموارد، فيعمل على طبق مذهبه وهو القول

بالنجاسه، وحتى أنه إذا لاقى ذلک المائع بعد حکم الحاکم بالطهاره عرق الجنب من الحرام مرّه أخرى، يبقى على ذلک، ما لم يقع نزاع ولم يرجع إلى الحاکم.

وحيث حکم بطهاره هذا المائع، فلو لاقاه مائع آخر، فهل يحکم بطهاره الملاقى کذلک أو لا؟ إن کان النزاع فى صحه البيع وبطلانه، فحکم الحاکم بصحّه البيع دون طهاره المائع، فقيل فى هذه الصوره يحکم بصحّه البيع وطهاره المائع الأوّل دون الملاقى.

وإن کان النزاع فى نفس الطهاره والنجاسه، فمع الحکم بالطهاره يترتّب جميع آثار الطهاره عليه.

وسيجى تتمه لهذا الفرع إن شاء اللّه تعالى.

وبالجمله، فإن الحکم ينقض الفتوى، من غير فرق بين أن يکون الحکم فى العقود والإيقاعات والأحکام الوضعيه، فيجب تنفيذ الحکم مطلقاً، إلا فى صوره القطع بمخالفته للواقع.

وأما انتقاض الفتوى بالفتوى، فالظاهر ذلک، فلو عقد بنتاً لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدّل رأيه فى المسأله واختار القول بنشر هذا العدد للحرمه، قال فى (الجواهر) ببقاء الزوجيّه، وهو مشکل، لأنه بناء على الطريقيه، فقد انکشف الخلاف وظهر له بطلان هذا العقد من أصله، وبناء على السببيه حيث يحکم باستمرار الحکم، ففيه: أنه مع کشف الخلاف ينکشف له عدم تحقق علقه الزوجيّه بينهما، فالعقد باطل من أصله، فکيف يستمر الحکم؟

وکذا الکلام فى ثوب غسل بماء أفتى بطهارته سابقاً، ثم تبدّل رأيه وأفتى بنجاسته الآن، فإنه يجب عليه تطهير الثوب الآن وإلاّ لم تصح الصلاه فيه. وتفريق صاحب (الجواهر) - بين النکاح حيث اختار فيه العدم وبين الثوب حيث اختار

فيه النقض – غير واضح، وإن ادّعى فى (منيه الطالب) الإجماع على عدم النقض، وتمسّك فى (الجواهر) بالسيره، لأنه لو تم ذلك كان لازمه رفع اليد عن الحكم الواقعى فى ذاك المورد ونظائره، وقد ذكر السيّد الأُستاذ دام بقاه فى (الحاشيه على العروه) فى مسأله عدول المجتهد عن فتواه: أن الأحوط أن يرتّب المقلّد ما أمكنه من آثار الفتوى اللاّحقه، إلاّ أن يدعى العسر والحرج، وفيها إشكال آخر، فإن الحرج يرفع التكليف ولكنه لا يغّير الحكم الشرعى.

بم يتحقق الحكم؟

وهل يشترط فى وجوب امتثال الحكم كونه صادراً فى مورد نزاع وتخاصم؟ لا إشكال فى صدق الحكم إن كان فى مورد النزاع، كما لا ـ إشكال فى نفوذ الحكم الصادر فى غير المورد المذكور كالهلال – مثلًا –، وأما إذا حكم فى مورد نزاع قبل التحاكم إليه، ففى نفوذه إشكال، إلاّ أن يقال بأن نفوذ حكمه هو من جهه كونه منصوباً من قبل الإمام عليه السلام، وأنه كما ينفذ حكم الإمام من غير تخاصم فهو كذلك، ولكن فى صدور مثل هذا الحكم من الإمام تأمل، على أن المعروف كون الحكم بعد التحاكم.

ولا إشكال فى تحقق الحكم بلفظ « حكمت» و « أنفذت» ونحوهما كقوله: « إدفع إليه ماله» بقصد الإنشاء.

وهل يتحقق بقوله: ثبت عندى؟ الظاهر: العدم، ولذا يمكنه نقضه بعدئذ.

وهل يتحقق الحكم بالفعل، كأن يعطى الشى لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحكم؟ فيه إشكال، للشك فى شمول الإطلاقات له.

والقدر المتيقن من الحكم كلّ لفظ ظاهر فى إنشاء الحكم، فلا يكفى الفعل والكتابه ونحوهما.

ص:۱۵۷

هل يجب على المجتهد الإعلام بتغّير رأيه؟

هذا، ومع تغير رأى المجتهد يجب عليه إعلام مقلّديه بذلك؟

أقول: أما بالنسبه إلى المجتهد، فإنه مع تغيّر رأيه - بحيث يكون الرأى الثانى مقتضياً لفساد الأوّل من الآن على الأقل - يجب الإعلام لأمرين، أحدهما: إن لازم تغيّر رأيه كذلك بطلان عمل مقلّديه بالرأى السابق، والآخر: وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإرشاد الجاهل، فبناء على هاتين المقدمتين يجب على المجتهد إعلام مقلّديه بتغير رأيه.

وأما مع العدول لدليل ظنى لا يقتضى فساد الإجتهاد الأوّل فقيل: لا يجب الإعلام، وهو مشكل، لأنه بعد حصول الظن المعتبر عنده على خلاف الرأى السابق، لا يبقى له ظن بذلك الرأى بل ينقلب إلى الشك.

فالحق: أنه لا فرق بين العدول بدليل قطعى أو بدليل ظنى، فإن كلّاً منهما يرفع طريقيه الظن السابق ويوجب سقوطه عن التأثير. ودعوى القطع بعدم وجوب الإعلام غير واضحه، والتمسك بسيره العلماء واختلاف فتاواهم فى الكتاب الواحد، يتوقف تماميته على استمرارها واتصالها بزمن المعصوم عليه الصّلاه والسلام.

وأما بالنسبه إلى المقلّد، فإن المقلّد إذا لم يعلم بتغيّر رأى المجتهد يعمل بالفتوى التى تعلّمها، فإن لم يطابق الواقع فهو معذور وغير آثم، ومعه، فلا يجب على المجتهد الإعلام، إذ لا موضوع للنهى عن المنكر والأمر بالمعروف بالنسبه إليه، وإن كان شاكّاً فى تغير رأى مقلّده، كان له استصحاب بقاء الرأى السابق، أو استصحاب عدم تغيره، وحينئذ، فلا إثم عليه فلا موضوع للنهى عن المنكر والأمر بالمعروف بالنسبه إليه كذلك، وإن علم بتغير الرأى، وجب عليه العمل

بالرأى اللّاحق.

وأما مع ترك التفحص والعمل بالفتوى السابقه وقد كان الرأى متغيراً فى الواقع، فإن أفتى المجتهد بصحّه عمله فهو، وإلا فقد قيل بجريان الإستصحاب هنا.

وتوضيحه: إنه لو تيقّن سابقاً بأن الواجب فى الصلاه ثلاث تسبيحات ثم شك فى صحّه هذا اليقين، كان مقتضى دليل الإستصحاب هو العمل على طبق اليقين السابق، وهنا المقلّد متيقّن من صحّه صلاته - مثلاً - ومع الشك فى صحه يقينه بالصحّه يستصحب، فإن تمّ استفاده هذا المعنى من دليل الإستصحاب كانت صلاته بدلاً عن الواقع، وأما على قول الجماعه الذين يستبعدون استفاده هذا المعنى من الدليل، فلا سبيل إلى تصحيحها، إلاّ بما تقدم من أن الإجتهاد اللّاحق لا يوجب بطلان الإجتهاد السابق فلا يجب الإعلام، وأعمال المقلد صحيحه، لأن كلّاً من الرأيين مستند إلى دليل ظنّى.

وعن المحقق القمى قدّس سرّه: إن المقلّد إن عمل بلا تقليد ثم ظهر مطابقته لرأى مجتهد صحّ عمله، لكن فى (العروه) : عمل الجاهل المقصّر الملتفت باطل وإن كان مطابقاً للواقع، وقد ذكر الاستاذ فى (التعليقه) إن هذا إن كان عباديّاً ولم تتمش منه القربه (۱)، وأما التوصّلى فصحيح، وأما إذا اتفق مطابقته للواقع وتمشّى منه قصد القربه فلا تجب الإعاده.

وعنه قدّس سرّه: إن طابق العمل فتوى المجتهد وشك فى مطابقه الفتوى للواقع، فيحمل على الصحّه بعد العمل.

۱- ۱) العروه الوثقى ۱: ۱۹ / المسأله ۱۶.

قلت: الحمل على الصّحه بعد العمل له صور:

۱ – أن يشكّ بعد العمل، كأن يشكّ بعد الفراغ من الوضوء فی تحريک خاتمه مثلاً، فهنا يحمل على الصحّه عند الكلّ.

۲ – أن يعلم – فی المثال المذكور – بعدم تحريكه للخاتم فی حال الوضوء، لكن يحتمل نفوذ الماء إلى تحته. وهذه الصوره خلافيّه.

۳ – أن يعلم بعدم التحريک وعدم النفوذ معاً، فلو أن مجتهداً أفتى بعدم إخلال ذلک فی صحّه الوضوء وشک فی مطابقه هذه الفتوی للواقع، فهل يحمل الوضوء على الصحّه الواقعيه؟ مقتضى كلام القمی: نعم. وهو مشكل جدّاً.

كالإشكال فيما قد يقال بصحه العقد من المجتهد أو مقلّده إذا أوقعاه على خلاف الإجتهاد أو التقليد، وكان موافقاً لأحد الآراء فی المسأله، بل الأصل فی العقود هو الفساد. هذا فی صوره الاحتمال. وأما مع وجود الطريق عنده إلى بطلان هذا العقد، فلا يحكم بصحّته بالأولويه.

وأما لو أتى بالأعمال مدّةً من الزمن من غير تقليد، فإنه بعد الإلتفات إلى وجوب التقليد، يجب عليه ذلک، ثم إن كلّ ما طابق من أعماله السابقه فتوی المجتهد الذی يريد تقليده، فصحيح، لأن فتوی المجتهد تكون طريقاً إلى الواقع، وإلّا، فإن أمكن الحكم بصحتها على بعض القواعد فهو وإلّا لزمته الإعاده. . . .

ولو أوقعا العقد وتنازعا فی صحّته تبعاً لفتوی مقلّديهما، وجب الرجوع إلى حاكم ثالث، وحكمه نافذ فی حقهما.

والحاصل فی مسأله الإعلام بتغيّر الرأی: أنه إن كان المجتهد يرى صحّه أعمال المقلّد حسب الفتوی السابقه، فلا يجب الإعلام، وأما مع القطع ببطلانها

فيجب. قال فى (الجواهر) (۱): « بـل الظاهر اتّحاد الحكم والفتوى فى ذلك» يعنى: إنه ينكشف له بطلان الحكم من حينه لا أنه ينقضه الآن.

والمقلّد إذا شك فى تغيّر رأى المجتهد استصحب وكان عمله صحيحاً، والمراد من الصحّه أنه إن طابق الواقع فهو، وإن كان على خلافه كان معذوراً، وقد أدرك مصلحه العمل بالحكم الظاهرى بناء على الإجزاء، وليس المراد من الصحه هو صحه عمله سواء طابق أولا. وإذا كان الأمر كذلك، لم يجب على المجتهد إعلامه بتغيّر رأيه.

نعم، يمكن أن يقال بأنه حينئذ يفّوت المصلحه على المقلّد.

إلا أنه قد يجاب: بأن ذلك غير معلوم. لكن قد يقال: هل يجوز للمجتهد السكوت فى مقابل إجراء المقلّد هذا الإستصحاب الذى لا يراه المجتهد مطابقاً للواقع؟ الأقوى: إنه لا يجوز له السكوت، لأنه هو السبب فى وقوع المقلّد فى خلاف الواقع فيجب عليه الإعلام من هذه الجهه، لا ـ من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، بخلاف ما إذا لم يكن هو السبب، فلا يجب عليه الإعلام والمنع عن إجراء الإستصحاب، إلّافى الدماء والفروج لأهميّها عند الشارع.

وكذا الأمر فى صوره تيقّن المقلّد بعدم تغيّر فتوى مقلّده وكون عمله طبق الفتوى السابقه، مع تغيرها فى الواقع، فهنا جهل مركب، ولا حكم ظاهرى، فإن الأقوى حينئذ وجوب الإعلام وإن طابق العمل فتوى من يجوز تقليده، لأن هذا

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۰۱.

المجتهد لما تغيّر رأيه فقد قام عنده الدليل على بطلان تلك الأعمال.

وأما ما عن المحقق القمی من صحه عمله لو کان بلا تقلید عن تقصیر، فوافق فتوی من یجوز تقلیده، فمبنی علی ما ذکروا فی الأصول من أنه إذا قامت حجّه، وکان عمل الشخص بلا التفات إلیها، ثم صادف العمل تلک الحجه، صح عمله وجاز للعبد الإحتجاج بتلک الحجه، وإن کان حین عمله جاهلاً بها، لکن فیه نظر. نعم مطابقه العمل للواقع اتّفاقاً تکفی لصحه العمل، أما مطابقته للحجه التی، فلا یعلمها لا توجب صحه العمل عقلاً، بل العقل یجوّز مؤاخذه المولی للعبد فی مثل المورد.

ثم إنه لو کان کلّ من الصحیح والفاسد معلوماً، ثم شک فی صحه عمله، جرت أصاله الصحه، وأما مع الجهل بالصحیح فلا أصل لیتمسک به.

ص:۱۶۲

المسأله الرابعه: (فی تتبّع الحاکم حکم من قبله)

قال المحقق قدّس سرّه: « لیس علی الحاکم الثانی تتبع حکم من کان قبله» (۱).

أقول: لیس علی الحاکم الثانی تتبع حکم الأوّل، حملاً لذلک الحکم علی الصحّه، وإن جاز له ذلک، سواء طلب المحکوم علیه ذلک أو لا، للأصل.

وأشکل فی الجواز بأن التتبع قد یظهر خطأ الحاکم الأوّل، فعلیه ترک التتبع لئلّا یؤدّی إلی ذلک وحمل الحکم علی الصحه وإنفاذه، نعم، إذا طولب بالحکم فی المسأله کان علیه الفحص والتتبع.

وفیه: إن العثور علی خطأ الحاکم الأوّل لا یوجب القدح فیه ألبته حتی لا یجوز، إذ لا یسلم من الخطأ إلّا أهل العصمه علیهم الصلاه والسلام. نعم، لو علم بأن تفحصه سیؤدّی إلی العلم بفسق الحاکم الأوّل، لم یجز له التتبع، إلّا إذا توقف علیه إحقاق حق أو إنجاء نفس محترمه مثلاً.

وبالجمله، فإن النظر فی حکم الأوّل یحتاج إلی مسوّغ، کأن یطلب المحکوم علیه ذلک، أو یتوقف علیه إحقاق حق، أو إنجاء نفس محترمه أو نحو ذلک، والعثور علی الخطأ لیس بقادح.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۶.

وقد حمل فی (الجواهر) (۱)قول بعضهم بلزوم النظر علی الثانی، علی صوره عدم تمام حکم الحاکم الأوّل، أو تراضی الخصمین بتجدید النظر.

نعم، لو علم الثانی بفساد حکم الأوّل، وجب علیه التتبع، سواء کان من حقوق اللّه تعالی أو حقوق الناس، وقیل: لو رضی المحکوم له بذلک فی حقوق الناس.

قال المحقق: « لکن لو زعم المحکوم علیه أن الأوّل حکم علیه بالجور، لزمه النظر» .

قال فی (الجواهر) : بلا خلاف أجده بین من تعرّض له منّا، وأوضحه بقوله: لأنها دعوی لا دلیل علی عدم سماعها، فتبقی مندرجه فی إطلاق ما دلّ علی قبول کلّ دعوی من مدّعیها من قوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم « البینه علی المدعی» وغیره (۲).

أقول: وأیّ دلاله لهذا الحدیث علی وجوب استماع الدعوی والنظر؟ فالصحیح التمسک بأدله وجوب القضاء.

فإن قیل: لعلّ وجه الدلاله أنه لمّا یدعی علی الأوّل الحکم بالجور، فإن الحاکم الثانی یطالبه بالبینه وینظر فی القضیه.

قلنا: إن الأمر الإجتهادی والحکم الشرعی لیس من الأمور التی تقام البینه علیها، بل یجب علیه النظر فی حکم الأوّل وأدلّته – عند دعوی الجور – ثم الحکم فی القضیه عن علم.

ص:۱۶۴

۱– ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۱۰۳.
۲– ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۱۰۳.

فظهر أن مورد النظر فی حکم الأوّل دعوی المحکوم علیه حکمه بالجور أو علم الثانی بفساد حکمه، ومن هنا قال المحقق:

« وکذا لو ثبت عنده ما یبطل حکم الأوّل أبطله، سواء (۱)کان من حقوق اللّه تعالی أو حقوق الناس» (۲).

وقیل: إن الحاکم المنصوب من قبل الإمام علیه السلام - خصوصاً أو عموماً - له الولایه علی الناس وحکمه نافذ، فکما لا تسمع دعوی المولّی علیه علی ولیّه، لا تسمع دعوی المحکوم علیه علی الحاکم. هذا ما قاله بعضهم، ولذا حمل کلام المحقق علی صوره کون الحاکم الأوّل معزولاً، ولا ولایه له علی المحکوم علیه حین الدعوی.

لکن فیه: إن النظر فی حکم الأوّل فی صوره العلم بفساده أو دعوی المحکوم علیه الجور، لیس نقضاً لحکمه و ردّاً علیه، وهو وإن کان له الولایه، إلّا أنه قد ولی لأن یحکم بالحق، ومع الجور فی الحکم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فیه، والمولّی علیه إن علم بفساد عمل من أعمال ولیّه المتعلقه بأموره، یجوز له الردّ علیه، فلو عقد له امرأه وظهر له فساد العقد لم یقبل هذه الزوجیّه، لأنه کان ولیّاً علیه لأن یوقع عقداً صحیحاً، وحیث لم یکن عقده کذلک لم یکن علیه القبول، ویترتّب الأثر علی ردّه عندما یکون متمکناً منه.

۱- ۱) قول المحقق « سواء کان من حقوق اللّه تعالی أو حقوق الناس» إشاره إلی ما عن الشیخ - وتبعه بعضهم -من أنه لا ینقض حق الآدمی إلا مع المطالبه، لأن صاحب الحق ربما أسقطه، وأما إذا کان حقاً للّه تعالی فإنه ینقضه لأن له النظر فی حقوق اللّه تعالی.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۷۶.

المسأله الخامسه: (فی دعویٰ أن المعزول حکم علیه بشهاده فاسقین)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ادّعی رجل أن المعزول قضی علیه بشهاده فاسقین، وجب إحضاره وإن لم یقم المدعی بینه، فإن حضر واعترف ألزم» (۱).

أقول: إذا ادّعی أن له عند الحاکم المعزول حقاً من دین ونحوه أو قال: ارتشی منی، وجب إحضاره للفصل بینهما بحسب الموازین الشرعیه، کغیرها من الدعاوی.

وإن ادّعی أنه قضی علیه بشهاده فاسقین عنده وعادلین عند الحاکم لم یکن علی الحاکم شیء، لأن المفروض حکمه بشهاده شاهدین عادلین، فإن جاء المدّعی بالبینه لجرحهما فهو وإلّا فلا تسمع دعواه.

وإن ادّعی أنه قد حکم علیه بالجور، لأنه قد حکم بشهاده فاسقین عنده أیضاً، ففی هذه الصوره قال المحقق: یجب علی الحاکم إحضار الحاکم الأوّل وإن لم یقم المدعی البینه، ثم بعد إحضاره یطالب المدعی بالبینه، فإن أقامها فهو وإلّا فإن اعترف الحاکم الأوّل بما یدّعیه المدعی ألزم، وما قطع به قدّس سرّه هو مذهب الأکثر. وقیل: لا یحضر الحاکم إلّا أن یذکر المدعی أن له بینه بذلک.

وعلی تقدیر إحضاره - سواء قلنا بجوازه مطلقاً أو بعد ذکر المدعی وجود

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۶.

البينه – فإن أقام المدعى البينه حكم الحاكم فى القضيه بحسب الموازين الشرعيّه، وإن اعترف الحاكم ألزم، وإن قال: ما حكمت عليك بشهاده فاسقين كان منكراً والخصم هو المدعى « وإن قال: لم أحكم إلاّ بشهاده عادلين، قال الشيخ: يكلّف البينه، لأنه اعترف بنقل المال وهو يدّعى بما يزيل الضمان عنه» ويكون خصمه المنكر، فإن أقام البينه فهو وإلاّ حلف الخصم.

قال المحقق: « ويشكل بما أن الظاهر استظهار الحكّام فى أحكامهم، فيكون القول قوله مع يمينه، لأنه يدعى الظاهر» (۱)وهذا مذهب الأكثر، فعلى من ادعى خلاف الظاهر – وهو الخصم – إقامه البينه على دعواه، كما هى القاعده المقرره فى نظائر المسأله.

ومورد البحث فى هذه المسأله هو الحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام فى زمن الحضور والمعزول من قبله، وأما قبل العزل، فلا تسمع دعوى المولّى عليه، وبه صرّح فخر المحققين فى (شرح القواعد) (۲)ومن هنا قيّد المحقق ب (المعزول) (۳).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۶.

۲- ۲) إيضاح الفوائد فى شرح القواعد ۴: ۳۲۰.

۳- ۳) والحاصل: أن فى المسأله خلافاً فى موضعين أحدهما: فى وجوب إحضار الحاكم الثانى للحاكم الأوّل المعزول، فقال المحقق والعلامه فى القواعد: وجب إحضاره وإن لم يقم المدعى بينه، ونسبه فى المسالك إلى الأكثر وقال: وهو الأقوى. وقد استدل له بأنها دعوى شرعيه يشملها عموم: « البينه على المدعى واليمين على من أنكر» فيجب سماعها وترتيب الأثر عليها بإحضار المدعى عليه، وهو الحاكم المعزول، والنظر فى المرافعه، وإن لم يقم المدعى بينه له بذلك، قال فى الجواهر: بل وإن صرح بعدمها بناء على أن له اليمين، ولاحتمال إقراره، وأبهه القضاء لا تنافى ذلك. وعن بعضهم: لا تسمع مطلقاً، وقيل: لا تسمع إلاّ أن يذكر المدعى أن له بينه عليه بذلك، لأن الحاكم أمين الشرع والظاهر أن أحكامه وقعت على وفق الصواب فيعمل بهذا الظاهر إلى أن تقوم الحجه بخلافه، ولأن فتح هذا الباب موجب للطعن فى الحكّام. وهذا القول اختيار فخر المحققين. والثانى: أنه على تقدير إحضار الحاكم المعزول وجوابه عن الدعوى بقوله لم أحكم إلاّ بشهاده عدلين، فهل يتقدم قوله مطلقاً أو مع اليمين أو يفتقر إلى البينه وإلاّ قدم قول المدعى؟ اختار الشيخ فى المبسوط الثالث، لأنه اعترف بنقل المال وهو يدعى بما يزيل الضمان عنه، فعليه البينه حينئذ. واختار فى المسالك الثانى قائلاً: وهو الذى مال إليه المصنف والعلامه وأكثر المتأخرين، وهو قول الشيخ أيضاً فى الخلاف وابن الجنيد، لادّعائه الظاهر كسائر الأمناء إذا أدعى عليهم خيانه. وقد أشكل المحقق على قول الشيخ بما سمعت، وفى القواعد: وفيه نظر، لأن الظاهر من الحكام الاستظهار فى حكمهم فيجب عليه اليمين لادّعائه الظاهر. وقد ردّ دليل الشيخ: بمنع كون مطلق نقله المال موجباً للضمان، بل إنما يكون سبباً للضمان مع التفريط، والأصل عدمه، وبأن هذا يؤدى إلى امتهان الحكّام وزهدهم فى الأحكام. وقيل: إنه يصدق بغير يمين، لأنه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال. وقد حكى الشيخ هذا القول فى المبسوط، قال فى المسالك: واستحسنه الشيخ فخر الدين فى شرحه بعد أن رجح القول الثانى، ولا نعلم به قائلاً من الأصحاب، وفى مفتاح الكرامه: حكاه الشيخ وهو الصواب. هذا، وظاهر السيد الأستاذ موافقه المحقق فى كلا الموضعين.

المسأله السادسه: (فی تعدّد وعداله مترجم الحاکم)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا افتقر الحاکم إلی مترجم، لم یقبل إلا شاهدان عادلان ولا یقنع بالواحد، عملاً بالمتفق علیه» (۱).

أقول: إذا افتقر الحاکم إلی المترجم، فقد حکی الإجماع علی اشتراط کون

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۶.

المترجم بالغاً عادلاً، وإن كانت السيره قائمه على القبول وترتيب الأثر مع الوثوق والإطمينان وإن لم يكن المترجم بالغاً عاقلاً، فالناس فى حوائجهم الشخصيه يكتفون بالطريقيه النوعيه لكلام المترجم ولا يشترطون فيه ذلك.

إنما الكلام فى التعدّد، فهل يكفى المترجم الواحد البالغ العاقل، أو لابدّ من التعدد؟ فهل هو كالبيّنه حيث يشترط التعدد أو كخبر الواحد فيكفى الواحد؟

إن كانت الترجمه شهاده، فلابدّ من التعدّد لقوله تعالى: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» (۱)وإن كانت إخباراً، أمكن القول بكفايه الواحد بناء على شمول أدلّه حجيه خبر الواحد لجميع الإخبارات.

قال المحقق بلزوم التعدّد، لأنه القدر المتيقن من الحجه، وكأنه قدّس سرّه غير جازم بكون الترجمه خبراً أو شهاده، إذ لو كان جازماً بكونه خبراً لأفتى بكفايه الواحد، وإن كان جازماً بكونه شهاده لأفتى بالتعدد، فلم يجزم بأحد الوجهين وأفتى بعدم قبول الواحد من باب الأخذ بالقدر المتيقن، لعدم وجود إطلاق أو أصل يقتضى عدم لزوم التعدد مع الشك فى حجيه ترجمه الواحد.

وقيل: الروايه خبر والشهاده خبر، ولكن اشترط فى حجيه الثانى أن يكون المخبر متعدداً، فأدلّه حجيه خبر الواحد تقتضى حجيته إلّافى مورد الشهاده حيث قام الدليل على لزوم التعدد، ومع الشك فى كون الترجمه شهاده، يتمسك بعموم أدلّه حجيه خبر الواحد، أخذاً بالقدر المتيقّن من الدليل المخصص المجمل (۲).

۱- ۱) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

۲- ۲) ويمكن توجيه هذا القول بأن عمده الأدله على حجيه خبر الواحد هى السيره، وهى قائمه على اعتبار خبر الثقه فى الأحكام والموضوعات على السواء، ولما كان اعتبار السّيره متوقفاً على عدم ردع الشارع، فإنه فى كلّ مورد قام الدليل الشرعى على اشتراط التعدد كان ذاك الدليل رادعاً فى ذاك المورد، وحيث لم يرد نص فى اعتبار التعدد فى خصوص الترجمه ليكون رادعاً عن السيره، جاز الإكتفاء بترجمه الواحد. وبما ذكرنا يظهر الجواب عما أجاب به فى الجواهر عن هذا القول.

وأجاب فى (الجواهر) بأن الشهاده غير الخبر عند العرف، فهما مفهومان متباينان، وليست الشهاده خبراً مقيداً بتعدّد المخبر حتى يقال فيه ذلكك. هذا أوّلاً.

وثانياً: إن عمده الأدلّه لحجيه خبر الواحد هو السيره، وهو دليل لبّى يؤخذ منه بالقدر المتيقن، وهو غير الترجمه (١).

فإن قيل: إن آيه النبأ (٢)مطلقه، ومفهومها عدم وجوب التبيّن عند إخبار العادل، والمترجم العادل يخبر فلا يشترط فيه التعدد.

وأجاب فى (الجواهر) : بأن التبيّن غير واجب، ولكن التعدّد أمر آخر لا تنفيه الآيه، ولا منافاه بين عدم وجوب التبيّن ولزوم تعدد المخبر لدليل خاص.

وأيضاً: آيه النبأ وارده فى مورد موضوع خاص يحتاج إلى البيّنه.

وأيضاً: آيه النبأ يمكن أن نقول بأنها ليست فى مقام وجوب العمل بخبر العادل، بل هى فى مقام بيان عدم جواز ترتيب الأثر والتعويل على قول الفاسق، وبعباره أخرى: ننكر أن يكون للآيه مفهوم.

والحاصل: إنه لا إطلاق للآيه الكريمه.

والأولى أن نقول: إن لم تكن الترجمه فى مورد الحكم ومقام الترافع - نظير الواعظ الذى يقرأ الروايه على المنبر ويترجمها - كفى الواحد، والسيره قائمه على

ص:١٧٠

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٧.
٢- ٢) وهى قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهَالَهٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ» سوره الحجرات ٤٩: ۶.

قبول هـذه الترجمه، بـل الترجمه فى هـذه الحـاله نظير الرجوع إلى أهـل الخبره عرفاً، وإن كانت فى مورد الحكم وتوقف القضاء عليها، اشترط فيه التعدد.

وبالجمله: إن كليهما إخبار، غير أنه فى مورد الترافع شـهاده فيعتبر التعـدد، وفى مورد غيره إخبار، وحيث تكون الترجمه للشـهاده فى مورد الترافع فإنها تكون شـهاده على الشـهاده، وعليه، ففى الشـهاده على الزنا حيث يشترط أن يكون الشـهود أربعه يكفى أن يكون المترجم اثنين.

وكذا فى مورد لا يسمع الحاكم الشهاده، فمع الحاجه إلى مسمع الحاكم يكفى الاثنان وإن لزم أن يكون الشهود أربعه.

ص:١٧١

المسأله السابعه: (فی شرائط کاتب القاضی)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا اتخذ القاضی کاتباً، وجب أن یکون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بصیراً، لیؤمن انخداعه، وإن کان مع ذلک فقیهاً کان حسناً» (۱).

أقول: ویشترط أن یکون مع ذلک مؤمناً. وقد قال المحقق: « إذا اتخذ» لکن فی (المسالک) : ینبغی للحاکم أن یتخذ کاتباً، لمسیس الحاجه إلی کتب المحاضرات والسجلات والکتب الحکمیه، والحاکم لا یتفرغ لها غالباً، ومن المشهور أنه قد کان لرسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم کتّاب.

وذکر فی (المسالک) (۲)أوصافاً أخری اشترطها فی الکاتب استحباباً حیث قال: ویستحب أن یکون مع ذلک وافر العقل، عفیفاً عن المطامع الفاسده، لکیلا یخدع من غیره بمال وغیره، وأن یکون فقیهاً لا یؤتی من جهل، وأن یکون جیّد الخط، ضابطاً للحروف لئلّا یقع فی الغلط والإشتباه.

وعن بعض العامّه: إن الکتابه هی للتذکّر، فلا یشترط فی الکاتب وجود شیء من هذه الأوصاف، بل یجوز أن یکون غیر مسلم ولا عادل.

أقول: یحتاج إلی هذه الأوصاف فی الکاتب حتی علی القول بعدم الإعتبار بالقرطاس، وذلک من جهات أخری، کاشتمال المکاتبات علی أمور یجب أن یکون کاتبها مسلماً عدلاً، لکی یتمکن من استئمانه علیها ویحصل الإطمئنان بها.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۶.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۳: ۳۹۶.

المسأله الثامنه: (فروع حول عداله الشاهدين)

اشاره

قال المحقق: « الحاكم إن عرف عداله الشاهدين حكم، وإن عرف فسقهما اطرح، وإن جهل الأمرين بحث عنهما» (۱).

بحث الحاكم عن عداله الشاهدين:

أقول: إذا طرح المدّعى دعواه وطالبه الحاكم بإقامه البينه، فإن عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم ولا حاجه إلى التزكيه، وإن عرف فسقهما أطرح الدعوى، لما تقدّم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه، وإن جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه - إذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيانهما - فعن تفسير الإمام العسكرى عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهما السلام قال:

« كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم إذا تخاصم إليه رجلان قال للمدّعى: ألك حجه؟ فإن أقام بينه يرضاها ويعرفها، أنفذ الحكم على المدّعى عليه، وإن لم يكن له بينه، حلف المدّعى عليه باللّه ما لهذا قبله ذلك الذى ادّعاه ولا شىء منه. وإذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا شرّ قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما، فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان، ثم يقيم الخصوم

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۶.

والشـهود بين يـديه، ثم يأمر فيكتب أسامى المدعى والمدّعى عليه والشـهود، ويصف ما شـهدوا به، ثم يدفع ذلك إلى رجل من أصـحابه الخيار، ثم مثل ذلك إلى رجل آخر من خيار أصـحابه، ثم يقول: ليذهب كلّ واحد منكما من حيث لا يشعر الآخر إلى قبائلهما وأسواقهما ومحالهما والربض الذى ينزلانه، فيسأل عنهما، فيذهبان ويسألان.

فإن أتوا خيراً وذكروا فضـلًا رجعوا إلى رسول اللّه صـلّى اللّه عليه وآله وسـلّم فأخبراه، أحضـر القوم الـذى أثنوا عليهما وأحضـر الشـهود، فقـال للقوم المثنين عليهما: هـذا فلان ابن فلان، وهـذا فلان ابن فلان، أتعرفونهما؟ فيقولون: نعم، فيقول: إن فلاناً وفلاناً جاءنى عنكم فيما بيننا بجميل وذكر صالح أنكما قالا، فإن قالوا: نعم، قضى حينئذ بشهادتهما على المدّعى عليه.

فإن رجعا بخبر سيّئ وثناء قبيح دعا بهم، فيقول: أتعرفون فلاناً وفلاناً؟ فيقولون: نعم. فيقول: اقعـدوا حتى يحضـرا، فيقعـدون، فيحضـرهما فيقول للقوم: أهما هما؟ فيقولون: نعم، فإذا ثبت عنـده ذلك، لم يهتك سرّ الشاهدين ولا عابهما ولا وبّخهما، ولكن يدعو الخصوم إلى الصلح، فلا يزال بهم حتى يصطلحوا لئلّا يفتضح الشهود ويستر عليهم، وكان رؤوفا رحيماً عطوفاً على اُمته.

فإن كـان الشـهود من أخلاـط النـاس، غربـاء لاـ يعرفون، ولا قبيله لهما ولا سوق ولا دار، أقبل على المـدّعى عليه فقال: ما تقول فيهمـا؟ فإن قال: ما عرفنا إلّا خيراً، غير أنهما قـد غلطا فيما شـهدا على، أنفـذ شـهادتهما، وإن جرحهما وطعن عليهما، أصـلح بين الخصم وخصمه، وأحلف المدّعى عليه، وقطع الخصومه

ص:۱۷۴

بينهما» (۱).

قال: « وكذا لو عرف إسلامهما وجهل عدالتهما. . . وقال فى الخلاف: يحكم، وبه روايه شاذه» .

أقول: لو جهل الحاكم إسلام الشاهدين أو عدالتهما، من جهه الشك فى إسلامهما، فلا خلاف فى وجوب التوقف عن الحكم والتفحّص عن حالهما، وكذا لو عرف إسلامهما وجهل عدالتهما عند المشهور، لأن الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم إليه، ومن شرائط الحكم بالحق عداله الشاهدين فى مورد قيام البيّنه، فمع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق.

ومذهب المشهور أن العداله أمر زائد على الإسلام بل الإيمان أيضاً، واستدلّوا لذلك بقوله تعالى: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» (۲)فإنه ظاهر فى أن العداله وصف زائد على الإسلام، إذ لو كان الإسلام كافياً لما قيّد بالعداله مع وجود كلمه « منكم» ، وهذه الآيه المباركه تقيّد الآيه الأخرى: «وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجٰالِكُمْ» (۳)بالمنطوق أو بمفهوم الوصف، والظاهر من الآيه - لكونها فى مورد الشهاده - بيان الحكم الوضعى، أي: إن شرط قبول الحكم موقوف على كون البيّنه عادله.

ص:۱۷۵

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۹/۶. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۶، عن تفسير الإمام العسكرى: ۲۸۴.

۲- ۲) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

۳- ۳) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

وعن الشيخ فی (الخلاف) والمفيد وابن الجنيد (۱): عدم وجوب الفحص عن عداله الشاهدين مع العلم بإسلامهما، قالوا: والآيتان تدلّان على قبول شهاده المسلم، والتقييد المذكور غير تام، لعدم حجيه مفهوم الوصف، وقال تعالی: «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا. . .» (۲)وهو ظاهر فی أن وجوب التبيّن مشروط بالعلم بالفسق، فمع الشک فی كونه فاسقاً لا وجوب للفحص والتبين.

أقول: إنا لو سلّمنا ما ذكروا بالنسبه إلى الآيتين، فإن هذه الآيه الثالثه الدالّه على عدم قبول قول الفاسق تقيّدهما، فيكون الحاصل: استشهدوا شهيدين غير فاسقين من رجالكم، فإن أرادوا التمسّک بإطلاق الآيتين، كان من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقيّه. وحيث أن الدليل الدالّ على اشتراط العداله لا يوضّح معنى العداله، كان للقائل بعدم وجوب الفحص والتحقيق عن حال الشاهدين المسلمين، أن يقول بأن الإسلام عداله، لكنّا نقول: لا إشكال فی أن أحكام الإسلام مبتيه على العداله، وأن من كان مسلماً واقعاً كان عادلاً، لأنه يأتی بجميع الأحكام ويطيعها فعلاً وتركاً، فإن أرادوا من قولهم: « الإسلام عداله» هذا المعنی، فهو صحيح، وإن أرادوا من « الإسلام» مجرّد التفوّه بالشهادتين، فإن أثر التفوّه بالشهادتين - كما فی الروايات - هو أن له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين، وهذا أمر تعبدی لا يفيد العداله كما هو واضح.

نعم، قيل: إن الأصل فی المسلم أن يكون عادلاً، لأن الإعتقاد إن كان كاملاً جاء العمل بالأحكام قهراً، فلا يعصی هذا المسلم ربّه إلّا نادراً، وحينئذ، فمع الشک فی عداله مسلم أخذ بالأصل المذكور وحكم بعدالته، من باب أن الظن يلحق الشیء بالأعمّ الأغلب، وهذا الأصل يبتنی على القول بأن الإسلام غير العداله،

۱- ۱) كتاب الخلاف ۶: ۲۱۷ / المسأله ۱۰، حكاه عنه العلّامه فی المختلف ۸: ۴۹۹، الإشراف (مصنفات الشيخ المفيد ۹: ۲۵) .
۲- ۲) سوره الحجرات ۴۹: ۶.

وأن العداله ملكه، أو أنها فعل الواجبات وترك المحرّمات، أو كفايه حسن الظاهر.

ولكن الحقّ أنه مع وجود الدّواعى الكثيره المختلفه إلى المعصيه، لا غلبه حتى يلحق بها، بل قد يكون الأصل والغالب فى بعض الأزمنه هو الفساد، وبه روايه (۱)، وكذلك زماننا.

قال فى (المسالك) بالنسبه إلى مذهب الشيخ قدّس سرّه: إن هذا القول وإن كان أمتن دليلًا. . لكنّ المشهور الآن بل المذهب خلافه. . . (۲).

أقول: ومراد المحقّق من وصف الروايه بالشذوذ هو إعراض الأصحاب عمّا يدلّ على ذلك، وإن كانت عليه روايات عديده (۳)، حتى أن الشيخ نفسه لم يعمل بها

۱- ۱) فى سفينه البحار ۵: ۳۹۴: الدرّه الباهره: قال أبو الحسن الثالث عليه السلام: إذا كان زمان العدل فيه أغلب من الجور فحرام أن تظن بأحدٍ سوء حتى يعلم ذلك منه، وإذا كان زمان الجور فيه أغلب من العدل فليس لأحدٍ أن يظن بأحد خيراً حتى يبدو ذلك منه. نهج - قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا استولى الصلاح على الزمان وأهله ثم أساء رجل الظن برجل لم تظهر منه خزيه فقد ظلم، وإذا استولى الفساد على الزمان وأهله فأحسن رجل الظن برجل فقد غرّر.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۳: ۴۰۳.

۳- ۳) قد أخرج قسم منها فى أبواب الشهادات من وسائل الشيعه ومنها: ما عن علقمه قال « قال الصّادق عليه السلام - وقد قلت له: يا ابن رسول اللّه، أخبرنى عمّن تقبل شهادته ومن لا تقبل - فقال: يا علقمه، كلّ من كان على فطره الإسلام جازت شهادته. قال فقلت له: تقبل شهاده مقترف الذنوب؟ فقال: يا علقمه، لو لم تقبل شهاده المقترفين للذنوب لما قبلت إلّا شهاده الأنبياء والأوصياء عليهم السلام، لأنهم المعصومون دون سائر الخلق، فمن لم تره بعينك يرتكب ذنباً أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العداله والستر وشهادته مقبوله وإن كان فى نفسه مذنباً، ومن اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولايه اللّه داخل فى ولايه الشيطان» وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۵/۱۳. كتاب الشهادات، الباب ۴۱. ومنها: ما عن حريز عن أبى عبد اللّه عليه السلام « فى أربعه شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان ولم يعدل الآخران. فقال: إذا كانوا أربعه من المسلمين ليس يعرفون بشهاده الزّور أجيزت شهادتهم جميعاً، وأقيم الحدّ على الذى شهدوا عليه، إنما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا، وعلى الوالى أن يجيز شهادتهم إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق» وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۷/۱۸. كتاب الشهادات، الباب ۴۱. ومنها: مرسله يونس عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « سألته عن البينه إذا أقيمت على الحق أيحلّ للقاضى أن يقضى بقول البينه؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والأنساب. فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۲/۱۸. كتاب الشهادات، الباب ۴۱. وقد ذكر هذا الخبر فى الكتاب وبحث عن لفظه ومعناه. ومنها: ما عن عبد اللّه بن المغيره قال قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام: رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ناصبيين. قال: كلّ من ولد على الفطره وعرف بالصّلاح فى نفسه جازت شهادته « وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۸/۱۸. كتاب الشهادات، الباب ۴۱. وقد أطال فى الجواهر البحث عن هذه الأخبار ودلالتها ووجوه الجواب عن الاستدلال بها، فى صلاه

الجماعه من كتاب الصلاه، لمزيد من الإطلاع انظر جواهر الكلام ١٣: ٢٨١.

فی مواضع أَخر، بـل إن التفحّص عن الشـهاده کـان معمولاًـ به فی زمن النـبی صـلّی اللّه علیه وآله وسـلّم، کمـا دلّت علی ذلک الروایه المذکوره سابقاً، وهی وإن کانت ضعیفه سنداً (۱)لکن علیها العمل.

وقال السـید فی (العروه) : « لو جهل الحاکم حالهما وجب علیه أن یبیّن للمدّعی أن له تزکیتهما بالشـهود إذا کان جاهلًا بذلک ثم یطلبهـا منه، ولو قـال: لاـ طریق لی إلی ذلـک أو قـال: یعسـر علی أو قـال: لا أفعل، وطلب من الحاکم الفحص عن ذلک، هل یجب علیه أو لاـ؟ قـد یقـال بوجوبه. . . والأـقوی عـدم وجوبه علیه، لمنع کون الحکم مطلقـاً، وإلاـ لزم علی الحاکم الفحص عن وجود الشاهد وعدمه

۱- ۱) لأنها من أخبار التفسیر المنسوب إلی الإمام الحسن العسکری علیه السلام، وفی ثبوت هذا التفسیر له علیه السلام بحث بین علمائنا وکلام طویل مذکور فی کتب الحدیث.

أيضاً، مع أنه ليس كذلك قطعاً (۱).

أقول: ليس المراد من قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان» ترك النظر فى الدعوى، إذا لم يكن للمدّعى بينه عادله على دعواه، بل المعنى أنه حينئذ يقضى باليمين، نظير الصّلاه، حيث تجب الصّلاه مع الوضوء فى حال وجدان الماء، وإلّا وجبت مع التيمم بعد الفحص واليأس عنه فى الحدود المعينه لذلك شرعاً، غير أن الشارع لم يحدّد وجود البيّنه بل أحال الأمر إلى العرف، وأهل العرف يفحصون عن حال الشاهدين فى بلدهما وعشيرتهما، بل روى ذلك عن النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم أيضاً، فحاصل معنى الحديث: أنه إن كان هناك - مع الجهل بحال الشاهدين - طريق متعارف إلى معرفه حالهما، فالفحص عن ذلك لازم، وإلاّ فيكون الحكم بالأيمان. . . وهذا تقريب آخر لمذهب المشهور، بل يجب على الحاكم الإرسال خلف الشاهدين - لو امتنع المدّعى عن إحضارهما - إن أمكنه ذلك، لأن الحكم واجب عليه، فيجب عليه تحصيل مقدماته بحسب الإمكان والمتعارف. . . فالحقّ مع المشهور.

انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو حكم بالظاهر ثم تبيّن فسقهما وقت الحكم نقض حكمه» .

أقول: لا ريب فى هذا، ولا يختلف باختلاف الأقوال فى حقيقه العداله، فإنه بتبيّن فسق الشاهدين ينتقض الحكم، لكن يشترط تحقق موجب الفسق منهما قبل

۱- ۱) العروه الوثقى ۳: ۷۱ / المسأله ۸.

صدور الحکم بل قبل أداء الشهاده، ووجه الإنتقاض: أن العداله شرط واقعی لا علمی، فمع انکشاف الخلاف ینتقض الحکم.

وقد یقال: بأن الشرط فی قبول الشهاده هو کون الشاهد عادلاً فی نظر الحاکم، وإلّا فلا طریق إلی العلم بالعداله الواقعیّه لأحد، بل الإکتفاء بذلک هو المراد من قوله تعالی: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» (۱).

وفیه: إن ظاهر اشتراط شی لشی هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعی، وکذا الأحکام تتوجّه إلی الأمور الواقعیّه، فإذا قیل: الغنم حلال، أو البول نجس، أرید الغنم الواقعی، والبول الواقعی، ولو أُرید الاشتراط العلمی لکان بیان ذلک بتعبیر آخر، ألا تری إلی قول الشارع فی مسأله الإقتداء فی الصّلاه حیث العداله فیه شرط علمی لا واقعی: « لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدینه» (۲)فلو صلّی خلف من وثق بعدالته وانکشف الخلاف، لم تجب علیه الإعاده ولا القضاء، بخلاف ما لو کان الکلام هکذا: صلّ خلف العادل، فإنه ظاهر فی الشرطیه الواقعیه، ویترتب علیه الإعاده أو القضاء مع انکشاف الخلاف.

وقد ذکر صاحب (الجواهر) : أن الأصل هو الواقعیّه فی الشرائط، وهذا الأصل غیر واضح عندنا، ولعلّه یرید الظاهر، ولقد کان الأولی التعبیر به دونه، لأن الظاهر أماره.

وقال فی (الجواهر) : الفسق بعد الحکم لا ینقض الحکم، قال: بل لعلّه کذلک لو کان بعد الإقامه قبل الحکم، وإن المراد من التبیّن هو تبین حاله اتّفاقاً، لا بأن

۱- ۱) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۸: ۳۱۹/۱. أبواب صلاه الجماعه، الباب ۱۲.

يقول الخصم – بعد إحراز الحاكم العداله –: لو تفحّصتم عن حالهما لبان لكم فسقهما، فليس للحاكم قبول كلامه والتفحص عن ذلك (۱).

هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا يجوز التعويل فی الشهاده على حسن الظاهر» (۲).

أقول: أی إنه لا يجوز الإعتماد على حسن الظاهر، بل لابدّ من معرفه باطن الشخص على أثر المعاشره والمخالطه معه، وهذا مبنی على أن العداله ملكه، فإنه بناء على هذا يشترط الشهاده بوجود الملكه فيهما، ولا يحصل العلم بذلك إلّا بالمعاشره، إذ الأعمال الجوارحيّه يمكن الإطّلاع عن طريقها إلى الجهات الباطنيه، لأن الإناء يترشّح بما فيه.

وأما بناء على أن العداله حسن الظاهر – كما عليه جماعه – فيشهد بحسبها، كما أن الأمر بناء على أن الإسلام عداله واضح.

وقد شبّه صاحب (الجواهر) (۳)العداله بناء على مذهب المحقق بالإعسار، فلو ادّعى المدين الإعسار لم يقبل منه ولا يثبت الإعسار بمجرّد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبه، بل لابدّ من التحقيق، فالملكه أيضاً كذلك، فإن كثيراً من المعاصی لا يتظاهر بها أهلها، فلا يكفی حسن الظاهر، وخالفه استناداً إلى الأخبار الكثيره الدالّه على جواز الشهاده تعويلاً على حسن الظاهر.

۱– ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۱۳ – ۱۱۴.
۲– ۲) شرائع الإسلام ۴: ۷۶.
۳– ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۱۱۴.

وسيأتی فی كتاب الشهادات إن شاء اللّه تعالی البحث تفصيلاً عن جواز الشهاده استناداً إلی طريق من الطرق والأمارات الشرعيّه كاليد والبينه، وعدم جوازه ووجوب العلم بالمشهود به، وملخصه:

أنه لو شک مثلاً فی كلام لا يعلم هل هو كذب أو لا، جاز التكلّم به، لعدم جواز التمسک بأدلّه حرمه الكذب حينئذ، لأنها شبهه مصداقيه، وعليه، تجری البراءه عن الحرمه، إلاّ أن يقال بالإحتياط إن كان ذلک الكلام يتعلّق بما يحتاط فيه، كالفروج والدماء، وأما الإخبار عن شیء بنحو الجزم - مع الشکّ فی تحققه - فلا يبعد كونه افتراء، فالشهاده بما لا يعلم افتراء، إذن، لابدّ من العلم فی الشهاده، فإن لم يعلم لكن كان له طريق شرعی، فهل يقوم ذلک الطريق مقام العلم فی جواز الشهاده؟ الظاهر أن هذا العلم مأخوذ فی الموضوع بنحو الكاشف والطريق، فتجوز الشهاده اعتماداً علی الطريق الشرعی. هذا كلّه أُصولاً.

وأما فقهاً، فإن الروايات الوارده فی الجواز كثيره (۱)، وتفصيل المسأله فی كتاب الشهادات.

بل فی (الجواهر) إن حسن الظاهر بنفسه عداله (۲)، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: إن البحث هنا علمی، مرجعه إلی أن العداله شرعاً هی ملكه يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عباره عنه، وإلاّ فالجميع متفقون علی تحققها بذلک، بناء علی كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطه والصحبه المتأكده فی سرّه وعلانيته.

۱- ۱) ذكرنا بعضها فی الهامش المتقدم.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۱۱۴.

أقول: والمختار أن العداله هی الملکه وحسن الظاهر طریق إلیها، لأن حسن الظاهر أعمّ من العداله، لکن الملکه تکون عله لحسن الظاهر، لأنها حاله نفسانیّه مستنده إلی الإعتقادات الراسخه وتوجب ترک المحرمات والعمل بالواجبات، بحیث لو صدر منه خطأ حملته الملکه علی الندم والتوبه.

ولا ریب فی أن العلم بحسن الظاهر أیضاً یتوقف علی المعاشره کذلک، فإن الصفات التی ذکرت فی الروایات - المستفاد منها الإکتفاء بحسن الظاهر - لا یمکن الإطّلاع علیها عادهً إلّا بها. . . فالحاصل: إن الآثار تترتب علی حسن الظاهر المعلوم بما ذکر، عملاً بالأخبار خلافاً للمحقق، ولیس حسن الظاهر هو العداله خلافاً للجواهر، بل هو طریق إلیها، وعلیه، فتقوم الطرق الشرعیّه مقام العلم فی الشهاده.

ثم إن المستفاد من تلک الأخبار عدم وجوب التعمّق الشدید فی حالات الشخص.

السؤال عن التزکیه وکیفیه ثبوتها:

قال المحقق: «وینبغی أن یکون السؤال عن التزکیه سرّاً، فإنه أبعد من التهمه» (۱).

أقول: وهذا واضح، لأنه إن سأل الشخص عن حال الشاهد فی حضوره یصعب علیه الجواب بعدم التزکیه، إما حیاء وإما وفاء وإما خوفاً وإما رجاء، وإن کان یعلم بعدالته فأجاب بالإیجاب وشهد بذلک، لاتّهم من قبل الخصم بأنه زکّاه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۷.

لأحد الأسباب المذكوره.

قال: « وتثبت مطلقه وتفتقر إلى المعرفه الباطنه المتقادمه» (۱).

أقول: إن التزكيه تفتقر إلى المعرفه السابقه بباطن المزكی علی أثر المخالطه، ولا ـ تكفی الشهاده تعويلاً علی حسن الظاهر عند المحقق، لكن فی (الجواهر) (۲)« تفتقر إلى المعرفه الباطنه المتقادمه المفيده للعلم أو الظن بحصول الملكه، وأن ما يصدر من ذلك من آثارها، أو بحسن الظاهر بمعنی أنه لا ـ يظهر منه سرّاً وعلانيه إلا ـ الحسن» أی: إن علم بالعداله فهو وإلاّ ـ كفی الظن بحصول الملكه، وكذا يكفی الشهاده بحسن ظاهره بالمعنی المذكور، فكأنه يحمل عباره المحقق الصريحه فی عدم كفايه حسن الظاهر علی حسن ظاهر بعض أحواله وأفعاله التی لا يستفاد منها الحسن فی جميع ما يظهر منه سرّاً وعلانيه، قال: وهذا هو مراد القائلين بكفايه حسن الظاهر، فيتحدّ القولان.

ثم إن الشهاده بالعداله لا يشترط فيها التفصيل، فيكفی أن يشهد بعدالته. وقيل: بل يلزم أن يقول فی حقه: عادل مقبول الشهاده، إذ ربما يكون عادل غير مقبول الشهاده، كالعادل الكثير الشك وصاحب الوسوسه، وربما يقال: بكفايه الشهاده بأنه مقبول الشهاده. . . وسيأتی لذلك تتمه قريباً إن شاء اللّه.

كيفيه ثبوت الجرح:

قال المحقق: « ولا يثبت الجرح إلاّ مفسّراً، وفی الخلاف: يثبت مطلقاً» (۳).

ص:۱۸۴

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۷.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۱۱۶.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۷۷.

أقول: فى هـذا المقام أقوال، فقيل: لا تثبت العداله ولا الجرح إلاّ مفسـراً بذكر سـبب التعديل دون التفسـيق، وقيل: بالعكس، وهو مختار المحقق قدّس سرّه.

ووجه تفصـيل المحقق هو: إن تفسـير العـداله يحتـاج إلى ذكر جميع الواجبـات وأنه يعملهـا كلّهـا، وذكر جميع المحرمـات وأنه يتركها كلّها، وهذا أمر يسـتلزم العسـر والحرج، فلذا تكفى الشـهاده بالعداله مطلقه، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره، لأنه يكفى فى ثبوت الفسق فعل كبيره واحده من الكبائر.

وأيضا: أسـباب الفسق ممّا وقع الخلاف فيها بين الفقهاء، فلو كان الشاهـد مقلّداً لمن يرى حرمه فعل من الأفعال وليس حراماً عند من يقلّده الفاعل، كانت شـهادته بذلك عند الحاكم إغراءً له بالجهل، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شرعى لا يعلمه الشاهد. . . فلابدّ من ذكر السبب حتى يتضح الأمر وترتفع الجهاله.

وقد أُجيب عن الوجه الأوّل: بالمنع من لزوم الحرج، وعن الثانى: بوقوع الخلاف فى سـبب العداله كذلك، وعليه، يكفى الإطلاق فى كلا المقامين أو يجب التفصيل فيهما معاً.

ثم إن المعـدّل أو الجـارح يجب أن يكون عالماً بمعنى العـداله، وأن أى شـى يضـرّ بها وأى شـىء لا يضـرّ بها، وأن يكون عالماً بفتوى الحـاكم فى المسـأله، لئلاّـ يلزم الإـغراء بالجهل، فإن أحرز الحاكم معرفه الشاهـدين بالأمرين، رتّب الأثر على شـهادتهما، سواء فى الجرح والتعديل من غير حاجه إلى ذكر السـبب، وإن علم الحاكم بالإختلاف بين فتواه ونظر الشاهدين أو مقلّديهما فى معنى العداله، فلا يرتّب الأثر، وكذا إذا احتمل الإختلاف.

وفى (الجواهر) استوجه حمل عباره الشاهد على الواقع وإن اختلف

الإجتهـاد فی تشـخیصه (قال) : ومن هنا لا یجب سؤاله عن سـبب التملّک مع الشـهاده به، وکـذا التطهیر والتنجیس وغیرهما وإن کانت هی أیضاً مختلفه فی الإجتهاد، بل یحمل قول الشاهد علی الواقع کما یحمل فعله علی الصحیح. . . .

وأورد علیه بـالفرق بین المقـامین، إذ یکفی فی مسأله الطهاره لأجل ترتیب آثارها علی الثوب وجود أصل أو طریق إلی الطهاره، أمـا فی مسـأله الحکم فلابـدّ من إحراز الواقع، وأیضـاً: أصـاله الصـحّه جـاریه فی عمـل غاسـل الثوب، فیحمل عمله علی الصـحّه الواقعیه مـا لم یعلم بالخلاـف، بخلاـف الحـال فی الشـهاده، فلو شـهدا بمالکیّه زیـد للـدار، وأراد الحاکم الحکم بمقتضـی تلک الشهاده، توقف الحکم علی إحراز عداله الشاهدین، فظهر أن بین الطهاره والملکیّه وما نحن فیه فرقاً.

أقول: فی مسأله الشهاده، إن شهد بوجود ملکه العداله فی المشهود له قبلت الشهاده، وإن شهد بالعداله فلا تقبل، لأنه یکون نظیر الشـهاده بعداله زید مع عدم تعیین زید المشهود بعدالته، وأما الحمل علی الصحّه الواقعیّه - کما هو الحال فی الطهاره والملکیّه - ففیه تأمل، ویحتاج إلی تتبع کلماتهم فی ذلک.

ثم إنه لابـدّ أن یظهر المطلب بعنوان الشـهاده، وبعبـاره أخری: یشـترط أن ینشـئ الشـهاده، لاـ أن یخـبر عن العـداله مثلاًـ للفرق الواضح بین مفهومی الشهاده والإخبار لغه وعرفاً.

ویجب تعیین المزکّی أو المجروح، فلا یکفی القول المجمل، بل کان رسول اللّه صـلّی اللّه علیه وآله وسـلّم یسأل الشاهـدین فی حضور المدّعی علیه: هل هو نفسه أو أنه شخص آخر غیره؟

وهل یشترط ضم ألفاظ اُخری إلی الشهاده بالعداله مثل « مقبول الشهاده» کما عن بعضهم أو « مقبول الشهاده لی وعلی» کما عن آخر، أو لا یشترط؟ الذی

يقوى فى النظر هو الثانى، وفاقاً لصاحب (الجواهر) ، ولكن لا ـ لما ذكره قدّس سرّه، فإنه يبتنى على تماميه قاعده المقتضى والمانع، وهى محل بحث كما فصل فى محلّه، على أن تلك القاعده لا مجال لها فى بعض صور المسأله، كما إذا كان المانع احتمال بنوّه الشاهد – بناء على أن شهاده الولد على والده غير مسموعه – فإنه لا معنى للقول بأن الأصل عدم كونه ولداً له.

بل لأن الإطلاقات والعمومات تعتبر العداله فحسب، وتفيد أن شهاده العادل مقبوله، فمن ادّعى العدم فعليه إقامه الدليل المخصص، لكن فى موارد الشک، كما إذا شک فى كون الشاهد خصماً للمدّعى عليه، فلابدّ من إحراز عدم الخصومه وإلّا لكان التمسک بالعام حينئذ من التمسک به فى الشبهات المصداقيّه.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفه، ويكفى العلم بموجب الجرح» .

أقول: هذا واضح، بخلاف الشهاده بالعداله فهى متوقفه عليه.

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل:

قال: « ولو اختلف الشهود بالجرح والتعديل قدّم الجرح. . .» (۱).

أقول: فى حال اختلاف الشهود بالجرح والتعديل يتقدّم الجرح، لأن حاصل شهاده المعدّلين هو عدم العلم بما يوجب الفسق، لكن الجارحين يقولان: رأينا منه كذا. . . فتكون الشهاده بالجرح شهاده بما خفى على المعدّلين، فيقدّم الجرح ولا تعارض بين الشهادتين. وعلى هذا الأساس لو قال الجارح: رأيته يفعل كذا

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۷.

يوم كـذا، فقـال المعـدّل: أشـهد بأنه قـد تاب عن ذلك الفعل والتزم بإتيان الواجبات وترک المحرمات بعـد هـذا التاريـخ، قـدّم التعديل لأنه شهاده بما يخفى على الجارحين.

إنمـا الكلاـم فيما لو شـهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين الشـهادتين، كأن يقول الجارح: رأيته يفعل كـذا فى مكان كـذا يوم الجمعه، ويقول المعـدّل: كان معى يوم الجمعه فى سـفر إلى بلـد آخر، فإنه تتعارض البيّنتان، قال المحقق: « ولو تعارضت البينتان فى الجرح والتعديل، قال فى الخلاف: وقف الحاكم، ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً» (1).

أقول: القول بـالتوقّف فى صوره التعـارض يكون تـاره: بمعنى رفع اليـد عن شـهاده الطرفين، فلاـ يحكم بالفسق ولا بالعـداله، بل يحلّف الخصم، وأخرى: لا يحكم بشى ولا يحلف الخصم، لكن فى (الخلاف) أيضاً: « إذا تعارضت البيّنتان على وجه لا ترجيح لأحداهما على الأخرى، اُقرع بينهما، فمن خرج اسـمه حلف وأعطى الحق، هذا هو المعوّل عليه عند أصحابنا، وقد روى أنه يقسم نصفين» (2).

أما عـدم تحليف الخصم، فمن جهه انصـراف قوله صـلّى اللّه عليه وآله وسـلّم: « إنما أقضـى بينكم بالبيّنات والأيمان» عن صوره التعارض بين البينتين، وحينئذ، فإن أمكن التنصيف وإلاّ فالقرعه لأنها لكلّ أمر مشكل، ويحلف من خرجت باسمه احتياطاً.

وأمـا لو قـال أحـدهما: هو الآـن عـادل، وقـال الآـخر: هو الآـن فـاسق، فهـل يقـدّم قول الجـارح أو يتعارضـان؟ الظاهر هو الثانى، فيتساقطان.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٧٧.

٢- ٢) كتاب الخلاف ۶: ٣٣٧.

وقال فى (الجواهر) : وقد يقال أيضاً « إن هذا كلّه مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عداله أو فسق وإلّا حكم به» (١).

أقول: إن أراد صوره التعارض بين البينتين، فإنه مع جريان الإستصحاب لا حاجه إلى الجرح والتعديل، بل تستصحب الحاله السابقه ويترتب الأثر، إلّا أن الفقهاء لم يتعرّضوا للإستصحاب هنا، بل قالوا إن للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطه، وظاهر ذلك هو الاعتماد على البيّنه مع عدم العلم، لأنها الكاشفه عن الواقع.

اللهم إلاّ أن يقال بأن إقامه البينه حكم تعبدى يعامل مع مفادها معامله الواقع، لا أنها تكشف عنه، وحينئذ يقوم الإستصحاب مقامها.

لكن الظاهر أن حجيه البينه هى بعنوان تتميم الكشف، ولعلّه لذا ذكر صاحب (الجواهر) المطلب بعنوان: قد يقال.

ثم إنه نقل عن (كاشف اللثام) (٢)احتمال تقديم شهاده التعديل لدى التعارض، للأصل مع الخلوّ عن ظهور المعارض، خلافاً لمن قدّم شهاده الجرح ثم قال: « وهو جيّد فيما يرجع إلى ما ذكرناه لا مطلقاً» .

فإن قول بعضهم بأن الإسلام ملكه تمنع من ارتكاب المحرمات وترك الواجبات، ضعيف، وقد ضعّفه كاشف اللثام أيضاً، واختار أن العداله حسن الظاهر كالجواهر.

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٢١.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٢١.

المسأله التاسعه: (فی تفریق الشهود عند الشهاده)

قال المحقق قدّس سرّه (۱): « لا بأس بتفریق الشهود، ویستحب فی من لا قوّه عنده» (۲).

أقول: إن المیزان الشرعی للقضاء هو البیّنات والأیمان کما فی الحدیث الشریف، ولکن هل تعبّدنا الشارع بالأخذ بذلک، أو یجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصیات والنظر فی القرائن وغیر ذلک ما یستکشف به الواقع ویتوصّل به إلی حقیقه الحال (۳)؟
قال المحقق: « لا بأس بتفریق الشهود، ویستحب فی من لا قوّه عنده» .

ص:۱۹۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۷.
۲- ۲) هذا کلامه قدّس سرّه هنا، وسیأتی فی المسأله الرابعه عشره: یکره للحاکم أن یعنّت الشهود إذا کانوا من ذوی البصائر والأدیان القویّه، مثل أن یفرّق بینهم، لأن فی ذلک غضاضه لهم، ویستحب ذلک فی موضع الریبه. وقال فی النافع فی الآداب المستحبه للقاضی: وتفریق الشهود عند الإقامه فإنه أوثق، خصوصاً فی موضع الریبه، عدا ذوی البصائر لما یتضمن من الغضاضه. وقال العلاّمه قدّس سرّه فی القواعد: وینبغی للحاکم إذا طلب الإستظهار فی موضع الریبه أن یفرّق الشهود خصوصاً فی من لا قوّه عنده، ویکره إذا کان الشهود من ذوی البصائر والأدیان القویه. وفی الریاض: عدا ذوی البصائر والشأن من العلماء والصلحاء الأعیان، فلا یستحب تفریقهم بل ویکره وربّما حرم، لما یتضمن تفریقهم من الغضاضه والمهانه بهم، بل وربما یحصل فی ذلک کسر قلوبهم.
۳- ۳) إستفاد السیّد الأستاذ تبعاً لسائر الفقهاء من الخبرین الآتیین عدم الإختصاص بتفریق الشهود، وأن للحاکم التوصّل إلی معرفه الحق بما یراه فی ذلک الوقت مما لا ینافی الشرع.

أقول: إن إطلاق الآيه الكريمه: «وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجٰالِكُمْ» (۱)وقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان» (۲)يشمل ما إذا شهدا معاً أو شهد كلّ واحد من الشاهدين على حده، فيجوز الأمران، لكن فى صوره التفريق بينهما ربما يظهر كذبهما أو خطؤهما فى الشهاده، بخلاف ما إذا شهدا معاً. . . هذا بحسب القاعده وقطع النظر عن الأخبار الخاصه الوارده، لكن المحقق أفتى بالإستحباب فى صوره كون الشاهد لا قوّه عقل عنده، ولعلّ وجهه عمل النبى وأمير المؤمنين صلى اللّه عليهما وآلهما فى بعض الموارد.

وفى (الجواهر) : قد يقال باختصاص جواز التفريق قبل إثبات العداله وطلب المدّعى الحكم. وهذا غير واضح، إذ لا أثر لتفريق الشهود واستماع شهادتهما بعد ذلك إلّا التأكّد والإطمئنان. . .

وكيف كان، فلا شبهه فى الجواز، ويدلّ على ذلك روايات منها:

ما روى عن معاويه بن وهب عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « أتى عمر بن الخطاب بجاريه قد شهدوا عليها أنها بغت، وكان من قصّتها أنها كانت يتيمه عند رجل، وكان الرجل كثيراً مّا يغيب عن أهله، فشبّت اليتيمه، فتخوّفت المرأه أن يتزوّجها زوجها، فدعت بنسوه حتى أمسكنها، فأخذت عذرتها بأصبعها، فلمّا قدم زوجها من غيبته رمت المرأه اليتيمه بالفاحشه وأقامت البينه من جاراتها اللّاتى ساعدنها على ذلك، فرفع ذلك إلى عمر، فلم يدر كيف يقضى فيها، ثم قال للرجل: إيت على بن أبى طالب عليه السلام واذهب بنا إليه.

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

فأتوا عليّاً عليه السلام، وقصّوا عليه القصه، فقال لامرأه الرجل: ألک بيّنه أو برهان؟ قالت: لی شهود، هؤلاء جاراتی يشهدن عليها بما أقول، فأحضرتهن، فأخرج علی بن أبی طالب عليه السلام السيف من غمده فطرح بين يديه، وأمر بکلّ واحده منهن فأُدخلت بيتاً، ثم دعا بامرأه الرجل فأدارها بکلّ وجه، فأبت أن تزول عن قولها، فردّها إلی البيت الذی کانت فيه، ودعا إحدی الشهود وجثی علی رکبتيه ثم قال: تعرفينی أنا علی بن أبی طالب وهذا سيفی، وقد قالت امرأه الرجل ما قالت ورجعت إلی الحق وأعطيتها الأمان، وإن لم تصدقين لأمن السيف منک، فالتفتت إلی عمر فقالت: يا أمير المؤمنين الأمان علی، فقال أمير المؤمنين: فاصدقی، فقالت: لاـ واللّه، إلاّ أنها رأت جمالاً وهيئه، فخافت فساد زوجها عليها، فسقتها المسکر، ودعتنا فأمسکناها فافتضتها بأصبعها، فقال علی عليه السلام: اللّه اکبر، أنا أوّل من فرّق بين الشاهدين [الشهود] إلاّـ دانيال النبی. فألزم علی المرأه حدّ القاذف وألزمهن جميعاً العقر، وجعل عقرها أربعمائه درهم، وأمر امرأه الرجل أن تنفی من الرجل ويطلّقها زوجها، وزوّجه الجاريه، وساق عنه علی المهر. فقال عمر: يا أبا الحسن، فحدّثنا بحديث دانيال، فقال علی عليه السلام: إن دانيال. . .» (1).

وما عن أبی بصير عن أبی جعفر عليه السلام فی حديث: « إن شابّاً قال لأمير المؤمنين عليه السلام: إن هؤلاء النفر خرجوا بأبی معهم فی السفر، فرجعوا ولم يرجع أبی، فسألتهم عنه فقالوا: مات، فسألتهم عن ماله فقالوا: ما ترک مالاً، فقدّمتهم إلی شريح فاستحلفهم، وقد علمت أن أبی خرج ومعه مال کثير، فقال

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧٧/١. أبواب کيفيه الحکم، الباب ١٩.

أمیر المؤمنین علیه السلام: واللّه لأحکمنّ بینهم بحکم ما حکم به خلق قبلی إلاّ داود النبی علیه السلام. یا قنبر اُدع لی شرطه الخمیس فدعاهم، فوکّل بکلّ رجل منهم رجلاً من الشرطه، ثم نظر إلی وجوههم فقال: ماذا تقولون؟ تقولون: إنی لا أعلم ما صنعتم بأبی هذا الفتی؟ إنی إذاً لجاهل. ثم قال: فرّقوهم وغطّوا رؤوسهم، قال: ففرّق بینهم وأقیم کلّ رجل منهم إلی أسطوانه من أساطین المسجد ورؤوسهم مغطاه بثیابهم. ثم دعا بعبید اللّه بن أبی رافع کاتبه فقال: هات صحیفه ودواه، وجلس أمیر المؤمنین علیه السلام فی مجلس القضاء، وجلس الناس إلیه، فقال لهم: إذا أنا کبّرت فکبّروا، ثم قال للناس: اُخرجوا.

ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بین یدیه وکشف عن وجهه، ثم قال لعبید اللّه: أکتب إقراره وما یقول، ثم أقبل علیه بالسؤال فقال له أمیر المؤمنین علیه السلام: فی أی یوم خرجتم من منازلکم وأبو هذا الفتی معکم؟ فقال الرجل: فی یوم کذا وکذا. فقال: وفی أی شهر؟ فقال: فی شهر کذا وکذا، قال: فی أی سنه؟ فقال: فی سنه کذا وکذا. فقال: وإلی أین بلغتم فی سفرکم حتی مات أبو هذا الفتی؟ قال: إلی موضع کذا وکذا. قال: وفی منزل من مات؟ قال: فی منزل فلان ابن فلان. قال: وما کان مرضه؟ قال: کذا وکذا. قال: وکم یوماً مرض؟ قال: کذا وکذا. قال: ففی أی یوم مات؟ ومن غسّله؟ ومن کفّنه؟ وبما کفّنتموه؟ ومن صلّی علیه؟ ومن نزل قبره؟ فلمّا سأله عن جمیع ما یرید، کبّر أمیر المؤمنین علیه السلام وکبّر الناس جمیعاً، فارتاب أولئک الباقون، ولم یشکّوا أن صاحبهم قد أقرّ علیهم وعلی نفسه، فأمر أن یغطّی رأسه وینطلق به إلی السجن.

ثم دعا بآخر، فأجلسه بین یدیه وکشف عن وجهه وقال: کلاّ زعمتم أنی لا أعلم ما صنعتم؟ فقال: یا أمیر المؤمنین ما أنا إلاّ واحد من القوم، ولقد کنت

کارهاً لقتله، فأقرّ.

ثم دعا بواحد بعد واحد، كلّهم يقرّ بالقتل وأخذ المال.

ثم ردّ الذى كان أمر به إلى السجن فأقرّ أيضاً.

فألزمهم المال والدم.

ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك. . .» (۱).

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۷۹/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۰.

المسأله العاشره: (فی ما یعتبر فی الشهاده بالجرح)

قال المحقق قدّس سرّه: « لا یشهد الشاهدان بالجرح إلاّ مع المشاهده لفعل ما یقدح فی العداله، أو أن یشیع ذلک فی الناس شیاعاً موجباً للعلم. . .» (1).

أقول: یشترط فی الشهاده بالجرح مشاهده الشاهدین لفعل ما یقدح فی العداله، أو أن یشیع ذلک الفعل منه فی الناس شیاعاً موجباً للعلم والیقین، وإلاّ فلا تجوز الشهاده به، وأما فی الشهاده بالعداله، فلا یشترط ذلک بل یکفی حسن الظاهر، من جهه أنه - کما فی الأخبار - الطریق إلی معرفه العداله والکاشف عن وجود الملکه الراسخه، وإن کان احتمال الخلاف موجوداً، فقد ورد فی تلک الأخبار (2)من کان کذلک تقبل شهادته، ومن هنا یقع الفرق بین الشهاده بالجرح والشهاده بالعداله.

وقد تقدّم أن الشهاده استناداً إلی البیّنه والاستصحاب جائزه.

وعن (المسالک) (3): إن لم یبلغ المخبرون حدّ العلم، لکنّه استفاض وانتشر

1- 1) شرائع الإسلام 4: 77.

2- 2) قد تقدّم ذکر بعضها، ففی مرسله یونس: «. . . فإذا کان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولایسأل عن باطنه» وفی روایه عبد اللّه بن المغیره: « کلّ من ولد علی الفطره وعرف بالصّلاح فی نفسه جازت شهادته» ونحوهما غیرهما.

3- 3) مسالک الأفهام 13: 413.

حتی قارب العلم، ففی جواز الجرح وجهان، من أنه ظن فی الجمله وقد نهی اللّه عن اتّباعه إلاّ ما استثنی، ومن أن ذلک ربما کان أقوی من البینه المدّعیه للمعاینه، کما مرّ فی نظائره.

وأورد علیه فی (الجواهر) (۱)بقوله: وفیه ما لا یخفی بعد فرض عدم حصول مرتبه العلم، وعدم الدلیل علی الإکتفاء بمثله، وحرمه القیاس علی البینه التی مبناها التعبّد، ومن هنا، کان ظاهر المصنف وغیره اشتراط العلم.

أقول: إن البحث هو فی الشهاده بالجرح، فإن قلنا بعدم جواز الشهاده استناداً إلی البیّنه، بل ولا بالإستناد إلی العشره، فنقض (المسالک) غیر وارد حتی یتوجّه إشکال (الجواهر) علیه.

هذا، وتجوز الشهاده بالعداله استناداً إلی حکم الحاکم، وحکم الحاکم بعداله الشاهدین أو فسقهما حجه بالنسبه إلی الحاکم الآخر، ولکن لیس للأوّل ولا لغیره الشهاده بالفسق أو العداله، فحکم الحاکم حجه، وأما شهادته فغیر مسموعه.

ثم هل للأفعال ظهور کالأقوال بحیث یجب الأخذ به؟ فیه خلاف، والظاهر هو العدم کما علیه أهل العرف، وإنما یحصل له ظهور من بعض المقارنات، فإن أفادت تلک المقارنات العلم جری علیه الحکم، وإلاّ فهل الظن الحاصل من هذا الظهور حجه أو لا؟ الظاهر هو الأوّل وفاقاً للسید قدّس سرّه (۲).

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۱۲۴.

۲- ۲) إذ قال: إنه یکفی ظهوره بملاحظه الحالات والمنضمات وأنه من الظنون المعتبره، وخلافاً لصاحب الجواهر قدّس سرّه حیث قال بأنه: من الظن الذی لا دلیل علی حجیته بل الدلیل علی خلافه.

المسأله الحاديه عشره: (فی الحکم باستمرار العداله حتی ثبوت ما ینافیها)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ثبت عداله الشاهد حکم باستمرار عدالته. . .» .

أقول: لو ثبتت عداله الشاهد حکم الحاکم باستمرارها بالإستصحاب، غیر أنه - لماّ کان للإستصحاب کاشفیّه نوعیه بنی العقلاء علی العمل بها کما تقرّر فی الاصول - یشترط عدم الفاصل الطویل بین زمانی الیقین والشک، لأن ذلک یؤدّی إلی ضعف الظن بالبقاء والکاشفیه النوعیه المذکوره.

قال: « وقیل: إن مضت مده یمکن تغیّر حال الشاهد فیها استأنف البحث عنه ولا حدّ لذلک، بل بحسب ما یراه الحاکم» (1).

أقول: وهذا قول ثان فی المسأله - قال فی (الجواهر) - وإن کنّا لم نتحقّق القائل بذلک منا (2). وعن (المبسوط) (3)عن بعضهم تحدیده بسته أشهر، ولا دلیل علیه، بل الإستصحاب حجّه حتی یتبیّن ما ینافی العداله.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٧٧.

٢- ٢) جواهر الکلام ۴٠: ١٢۶. أقول: وجعله المحقق العراقی قدّس سرّه من خرافات العامّه، لکنه الأحوط فی القواعد (٣: ۴٣٢) إذ جاء فیه: والأحوط أن یطلب التزکیه مع مضیّ مدّه یمکن تغییر حال الشاهد، وذلک بحسب ما یراه الحاکم من طول الزمان وقصره. وقال صاحب مفتاح الکرامه (١٠: ۵١) : ولا ریب فی استحبابه.

٣- ٣) المبسوط فی فقه الإمامیّه ٨: ١١٢.

المسأله الثانیه عشره: (فی الحکم باستمرار العداله حتی ثبوت ما ینافیها)

قال المحقق: « ینبغی أن یجمع قضایا کلّ أسبوع ووثائقه وحججه ویکتب علیها، فإذا اجتمع ما لشهر کتب علیه قضاء شهر کذا، فإذا اجتمع ما لسنه جمعه وکتب علیه قضاء سنه کذا» (۱).

أقول: کان ینبغی ذکر هذه المسأله فی الآداب، والأمر سهل.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۷.

المسأله الثالثه عشره: (هل يجب على الحاكم كتابه المحضر؟)

قال المحقق: « كلّ موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر. . .» (۱).

أقول: لا ـ يجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابه ولوازمها كالدّواه والقرطاس، وقيل: يجب عليه الدّواه، ولو بذل باذل أو أرسل إليه من بيت المال – وكانت الكتابه واجبه عليه – وجب عليه الكتابه، وفى (الجواهر) (۲): لا دليل على الوجوب مع البذل أيضاً، وإن نسبه فى (المسالك) إلى الأشهر تاره وإلى المعروف بين الأصحاب أخرى، معلّلاً ـ له بأن ذلك حجه فكان عليه إقامتها كالحكم، وكما لو أقرّ له بالحق وسأله الإشهاد على إقراره، إلاّ أنه كما ترى، ضروره أن الحجّه حكمه والإشهاد عليه لا كتابه الحكم، بل وكذا كتابه الإشهاد على الإقرار.

أقول: قد يكون للكتابه وإعطائها بيد من حكم له دخل فى إحقاق الحق ووصول صاحبه إليه كالحكم نفسه، بحيث إذا لم تكن كتابه لم يتحقق الحق وتحصيله، بل قد يجب على الحاكم أخذ الحق بعد الحكم مع التمكن من ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وتسليمه لأهله.

وقد يستدلّ لوجوب الكتابه بقوله تعالى: «. . . وَ لْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كٰاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لاٰ يَأْبَ كٰاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمٰا عَلَّمَهُ اَللّٰهُ فَلْيَكْتُبْ. . .» (۳).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۷.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۱۲۷.

۳- ۳) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

فإنه ظاهر فی الوجوب، وقد أكّده بالنهی عن الإباء عنها، وأجاب فی (الجواهر) : بأنه فی غیر ما نحن فیه، وهو محمول علی ضرب من الكراهه، للقطع بعدم وجوب ذلك (١).

وفیه: إن المستفاد من الآیه الكریمه هو الملاك العام وهو: عدم إباء الكاتب والشاهد عن الكتابه والشهاده عند الحاجه واحتمال ضیاع الحق بدون ذلك، وخصوصیه مورد الآیه لا تخصص، ولذا استدلّ بها الأصحاب فی غیر الدین.

وأمّا دعوی القطع بعدم وجوب الكتابه، فإن اُرید القطع بعدم وجوبها أولاً وبالذات فهو حق، وإن اُرید القطع بعدم وجوبها علیه وإن بذل له ما یلزم وطولب بها واحتمل ضیاع الحق لو لم یكتب، فتلك دعوی بعیده.

وقد یستدل بقوله تعالی: «وَ أَشْهِدُوا إِذٰا تَبٰایَعْتُمْ وَ لاٰ یُضٰارَّ كٰاتِبٌ وَ لاٰ شَهِیدٌ وَ إِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ» (٢)بناء علی ما هو الأظهر من أن « یضارّ» أصله « یضارر» فاُدغمت الراء فی الراء وفتحت لالتقاء الساكنین، فیكون معناه: لا یكتب الكاتب إلاّ بالحق، ولا یشهد الشاهد إلاّ بالحق وإلاّ كان فسقاً (٣).

نعم، فی الآیه السابقه ما یحتمل معه كون الأمر فیه إرشادیاً، وهو قوله عزّوجل «ذٰلِكُمْ أَقْسَطُ. . .» بناء علی أنه یتوجه إلی جمیع الآیه لا الجمله الأخیره منها، ولكن الظاهر دلاله الآیه علی الوجوب فی حال المطالبه ووجود

ص:٢٠٠

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٢٨.

٢- ٢) سوره البقره ٢: ٢٨٢.

٣- ٣) القول الثانی: إن أصله « یضارر» بفتح الراء الاولی فاُدغمت، فیكون المعنی: لا یدعی الكاتب علی وجه یضرّ به وكذلك الشاهد، لقاعده نفی الضرر. وقد ذكر فی مجمع البیان القولین، قال: والأوّل أبین.

الحاجه كما ذكرنا.

المسأله الرابعه عشره: (فی تعنیت الحاکم للشهود)

قال المحقق: « یکره للحاکم أن یعنّت الشهود إذا کانوا من ذوی البصائر. . .» (۱).

أقول: أی یکره أن یعامل الحاکم الشهود الذین هم من ذوی البصائر والفهم والأدیان معامله من لیسوا کذلک.

قال: « لأن فی ذلک غضاضه لهم» کما لا یخفی.

قال: « ویستحب ذلک فی موضع الریبه» .

أقول: ویظهر من قول أمیر المؤمنین علیه الصّلاه والسّلام: « أنا أوّل من فرّق الشهود» (۲)إن هذا الأمر لم یکن جاریاً إلا فی موارد الشبهه والریبه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۷.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۷۷/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۹.

المسأله الخامسه عشره: (لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشهود)

قال المحقق: « لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد، وهو أن يداخله فى التلفظ بالشهاده أو يعقبه، بل يكف عنه حتى ينتهى ما عنده وإن كان يتردد.

ولو تردد فى الشهاده لم يجز ترغيبه فى الإقدام على الإقامه ولا تزهيده فى إقامتها.

وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار، لأنه ظلم لغريمه ويجوز (۱)ذلك فى حقوق اللّه، فإن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله قال لماعز عند اعترافه بالزنا « لعلّك قبّلتها، لعلّك لمستها، وهو تعريض بإيثار الإستتار» (۲).

أقول: وكلّ ذلك واضح.

ص:۲۰۲

۱- ۱) وفى المسالك (۱۳: ۴۱۸) : يستحب. قال: يستحب له ذلك تأسيّاً بالنبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم فى قضيه ماعز بن مالك لمّا جاء إلى النبى وأقرّ عنده بالزنا، وكان يعرض له بالتأويل ويقول له: لعلك قبّلتها لعلك لمستها. إيثاراً للإستتار. والروايه مشهوره.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۷۸.

المسأله السادسه عشره: (فی أنه یکره للحاکم أن یضیف أحد الخصمین)

قال المحقق قدّس سرّه: « یکره أن یضیّف أحد الخصمین دون صاحبه» (۱).

أقول: ووجهه واضح، فإن فیه ترجیحاً له علی صاحبه، وقد روی: « أن رجلاً نزل بأمیر المؤمنین علیه السلام، فمکث عنده أیاماً، ثم تقدّم إلیه فی خصومه [حکومه] لم یذکرها لأمیر المؤمنین، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحوّل عنا، فإن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم نهی أن یضاف الخصم إلاّ ومعه خصمه» (۲).

وکذا یکره أن یذهب إلی دار أحدهما دون الآخر، بل کلّ ما یقتضی ترجیح أحد الخصمین علی صاحبه.

ص:۲۰۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۸.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۱۴/۲. أبواب آداب القاضی، الباب ۳.

المسأله السابعه عشره: (فی حرمه الرشوه)

اشاره

قال المحقق: « الرشوه حرام علی آخذها» (۱).

أقول: لا یجوز أخذ الرشوه، وهی حرام علی آخذها، بالإجماع بل بالضروره من الدین، ویدل علیه قوله تعالی: «وَ لاٰ تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ وَ تُدْلُوا بِهٰا إِلَى اَلْحُكّٰامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوٰالِ اَلنّٰاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (۲).

والأخبار فی هذا الباب متواتره، وفی جمله منها: إن الرشا فی الحکم کفر باللّٰه (۳).

وفی بعضها: إنه شرک (۴).

فلا ریب فی الحکم.

ص:۲۰۴

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۸.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۱۸۸.

۳- ۳) عن سماعه عن أبی عبد اللّٰه؛ علیه السلام قال: « الرشا فی الحکم هو الکفر باللّٰه» . وعنه عن أبی عبد اللّٰه علیه السلام فی حدیث قال: « وأما الرشا فی الحکم فهو الکفر باللّٰه» أنظر وسائل الشیعه ۲۷: ۲۲۲ و۲۲۳/۳ و۸. أبواب آداب القاضی، الباب ۸. وعن عمار بن معاویه عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث قال: « فأما الرشا فی الحکم، فإن ذلک الکفر باللّٰه العظیم جل اسمه وبرسوله صلّی اللّٰه علیه وآله وسلّم» وسائل الشیعه ۱۷: ۹۲/۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۵.

۴- ۴) عن الأصبغ بن نباته عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی حدیث قال: « وإن أخذ الرشوه فهو مشرک» . وسائل الشیعه ۱۷: ۹۴/۱۰. أبواب ما یکتسب به، الباب ۵.

موضوع الرشوه:

إنما الكلام فی موضوع الرشوه، وكلمات الأصحاب من الفقهاء واللغويين فی ذلک مضطربه:

قال المحقق: « ويأثم الدافع لها إن توصّل بها إلى الحكم له بالباطل، ولو كان إلى حق لم يأثم» (1).

أقول: وعن (جامع المقاصد) (2): « إن الجعل من المتحاكمين رشوه» لكن ظاهر الروايه (3): إن الأجره على القضاء غير الرشوه، فلذا كانت الأولى سحتاً والثانيه كفراً.

وقيل: ما يبذله المتحاكمان رشوه ولو كان بعنوان الجعاله والاُجره.

وفی القاموس: فسّر الرشوه بالجعل (4).

لكن فی مجمع البحرين: قلّما تستعمل الرشوه إلاّ فيما يتوصّل به إلى ابطال حق أو تمشيه باطل (5).

وقال السيّد: هی ما يبذله للقاضی ليحكم له بالباطل أو ليحكم له، حقّاً

1- 1) شرائع الإسلام 4: 78.

2- 2) جامع المقاصد فی شرح القواعد 4: 37.

3- 3) يعنی: ما عن عمار بن مروان قال قال أبو عبد اللّه عليه السلام: « كلّ شیء غلّ من الإمام فهو سحت، والسحت أنواع كثيره، منها ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه، ومنها أجور القضاه وأجور الفواجر وثمن الخمر والنبيذ المسكر والربا بعد البينه، فأما الرّشا - يا عمّار - فی الأحكام فإن ذلک الكفر باللّه العظيم وبرسوله» . وسائل الشيعه 17: 95/12. أبواب ما يكتسب به، الباب 5.

4- 4) القاموس المحيط 4: 334.

5- 5) مجمع البحرين 2: 703.

كان أو باطلاً، أو ليعلّمه طريق المخاصمه حتى يغلب على خصمه، ولا فرق فى الحرمه بين أن يكون ذلك لخصومه حاضره أو متوقّعه» (١).

أقول: فإذا كانت الكلمات فى بيان حقيقه الرشوه مختلفه ومضطربه، فإنه فى كلّ مورد يشك فى صدق عنوان « الرشوه» فيه مثل « أجور القضاه» يكون المرجع أصاله الحلّ، لكونها شبهه مصداقيه لأدلّه حرمه الرشوه، إلاّ أن تثبت الحرمه من دليل آخر وبعنوان غير عنوان الرشوه.

والقدر المتيقن من الرشوه: أنها ما يبذله للقاضى حتى يحكم لصالحه، فهذا هو القدر المتيقن من الآيه المباركه المذكوره أوّلاً، إلاـ أن الأخبار المستفيضه الوارده فى الباب الخامس من أبواب ما يكتسب (٢)به، تدلّ على أن الرشا فى الأحكام « سحت» و « كفر» ، وهى بإطلاقها تعمّ ما إذا كان البذل لإحقاق الحق.

لا يقال: إنها وارده فى مورد الآيه الكريمه.

لأنه يحتمل أن يكون قيد « بالإثم» غالبيّاً، لأن غالب الرّاشين يتوصّلون بالرشوه إلى أكل أموال الناس وإبطال حقوقهم.

فظهر أن الرشا فى الحكم مطلقاً - أى حقّاً كان الحكم أو باطلاً - حرام بالكتاب والسنّه، وأما إذا توقّف إحقاق الحق على بذل شىء - بحيث لو لم يبذله لوقع فى الضرر العظيم وضاع حقّه - جاز البذل، لتقدّم قاعده نفى الضرر حينئذ، نظير ما قد يبذل للظّالم دفعاً لأذاه وتحفظاً من ضرره.

حكم الرشوه فى غير الحكم:

١- ١) العروه الوثقى ٣: ٢٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٧: ٩٢ - ٩٧.

وأما فی غیر الأحکام، فإن أخبار الرشوه وإن کانت وارده فی مورد الحکم والأحکام، إلّا أن مقتضی إطلاق بعض تلک الأخبار هو حرمتها فی غیر الأحکام أیضاً، فقد روی الشیخ الصّدوق قدّس سرّه، عن الأصبغ بن نباته، عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنه قال: « أیّما وال احتجب عن حوائج الناس، احتجب اللّه عنه یوم القیامه وعن حوائجه، وإن أخذ هدیّه کان غلولاً، وإن أخذ الرشوه فهو مشرک» (۱).

فهل تقیّد إطلاق الروایه بالروایات المقیّده، أو أن ظهورها آب عن التقیید؟

الظاهر هو الثانی، و « حوائج الناس» یعمّ غیر الأحکام کما لا یخفی.

وروی الشیخ الصّدوق قدّس سرّه أیضاً، عن سیدنا أبی الحسن الرضا علیه السلام، عن آبائه، عن أمیر المؤمنین فی تفسیر قوله تعالی: «أَکّالُونَ لِلسُّحْتِ» قال: « هو الرجل یقضی لأخیه حاجته ثم یقبل هدیّته» (۲).

ویمکن أن یقال - ولا سیّما بالنظر إلی هذین الخبرین - أنه ولو فرض کون الرشوه فی الحکم فقط، فإن کون الرجل منصوباً - شرعاً أو عرفاً - لرفع الظلم عن الناس وقضاء حوائجهم، یقتضی وجوب ذلک علیه، وأن مطالبته أو أخذه شیئاً فی مقابل عمله سحت.

وبالجمله، فإن الرشوه فی الأحکام لإبطال الحق مقطوع بحرمتها، والظاهر أنها کذلک فی مطلق الحکم إن کان البذل بعنوان الرشوه، سواء أثّر فی کیفیه الحکم أو لم یؤثر، وأما فی غیر الأحکام، فالمستفاد من الخبرین المذکورین حرمه الأخذ

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۹۴/۱۰. أبواب ما یکتسب به، الباب ۵.
۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۹۵/۱۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۵.

على من كان موظّفاً بالقيام بالواجبات الموضوعه على عاتقه.

ثم إنه لاـ فرق فى « الرشوه» بين المـال المبـذول له وبين العمـل النـافع الـذى يعمله له، كخياطه ثوب مثلًا أو إنجاز غرض له كأن يبيعه داره ولو بـالثمن المتعـارف، أى بأن يقـدّمه على غيره فى المعامله، وهل هـذه المعامله باطله حينئـذ؟ قيل: لا، لأنه نظير البيع عنـد النـداء، وقيل: نعم، لأن الحكم الوضـعى هـذا مترتب على الحكم التكليفى، فلمّا كانت الرشوه محرّمه، وكانت هـذه المعامله مصداقاً لها، كانت باطله.

وأيضاً: لو دفع إليه الخمس أو الزكاه حتى يحكم له، فإنه حرام، ولا تبرء ذمه المعطى من الخمس والزكاه حينئذ.

وفى هـذه الأيام يقول بعض جهله القضاه: إن أعطيت كـذا للمستضـعفين نجوت من العقوبه مثلًا، فإن هذا المال رشوه ولا يملكه المستضعفون.

وكـذايحرم احترام القاضـى وتبجيله والثنـاء عليه إن كـان بعنوان الرشوه، ولو أثّر ذلـك فى نفس القاضـى فحكم له، كان مرتكباً للحرام أيضاً.

وبالجمله، فإن كلّ ما قصد به التوصّل إلى حكم الحاكم كان رشوه محرّمه، وإن شك فى بعض الأفراد فى الدخول تحت الاسـم أو جزم بعدمه، فالبراءه جاريه خلافاً لصاحب (الجواهر) (۱).

حكم الهديه للقاضى:

۱- ۱) جواهر الكلام ۲۲: ۱۴۸ - ۱۴۹.

وأما الهديّه، فهی فی نفسها أمر مرغوب فيه، وقد كان النبی صلّى اللّه عليه وآله وسلّم والأئمه عليهم السلام يأمرون بها ويقبلونها، إلاـ أنه لا ريب فی حرمه الهديه للقاضی والعامل، وقد ورد أن هدايا العمال « غلول» . و « سحت» (۱)، وفی حديث عن النبی صلّى اللّه عليه وآله وسلّم أنه قال «. . . ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول: هذا لكم وهذا اُهدی لی، فهلّا جلس فی قلب بيت اُمّه وأبيه ينظر أيهدی له أم لاـ والذی نفسی بيده لاـ يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء يوم القيامه يحمله على رقبته. . .» (۲)وهذا الحديث يدلّ على أن أخذ العمّال مطلقاً - أی سواء كانوا عمّال الظلمه أو غيرهم - الهديّه حرام، ولا يبعد صدق عنوان « الرشوه» على هذا المال، وتخصيص بعض الأصحاب ذلک بعمّال سلاطين الجور، خلاف ظاهر الأخبار.

وأما صحيحه محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه عليه السلام: « عن رجل يرشو الرجل على أن يتحوّل من منزله فيسكنه. قال: لا بأس » (۳).

فإن كان المنزل ملكاً له فلا بأس بأن يأخذ شيئاً حتى يتحوّل عن ملكه، وإن لم يكن - كما ذكر صاحب (الوسائل) - فيمكن حملها على المنزل المشترک، كالموقوف للسكنی، فيعطی الثانی للأوّل لأجل النزول عن حقّه الحاصل له بالسبق، هذا بناء على ثبوت حق له بالسبق إليه، وأما بناء على أن الوقف مال محرّر، فلا يكون ملكاً ولا متعلّق حق لأحد، فإن سبق إلى مكان موقوف فلا يجوز إزاحته عن ذلک المكان جبراً، فلا بأس بأن يطالب بشی فی مقابل قيامه عن هذا

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۲۳/۶ و۷. أبواب آداب القاضی، الباب ۸.

۲- ۲) مسند أحمد ۵: ۴۲۳.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۷: ۲۷۸/۲. أبواب ما يكتسب به، الباب ۸۵.

المكان، وإن لم يكن له حق فيه كما هو المفروض.

وهذا البحث جار فی المسجد ومكان المصلی، وكذا فی سوق المسلمين، حيث قال صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إليه كان أحق به إلی الليل» (۱).

وعلی كلّ حال، يكون التعبير عن الشیء المأخوذ فی مقابل التحوّل عن المنزل ب « الرشوه» تعبيراً مجازيّاً، أو يقال بأنه رشوه - لأنه مال أعطی له لأجل التوصّل إلی الغرض - ولكنه لا بأس به هنا، لكونه فی مورد محلّل.

فتلخص، إن الرشوه هو ما يبذل للقاضی أو الوالی أو العامل فی مقابل عمله الواجب عليه، سواء كان بعنوان الرشوه أو الهديه.

وإن بذل للقاضی مال وجهل عنوانه فهل يحمل علی الصحّه؟

قال السيد: نعم (۲)، وهو مشكل، فإن أثر حمل فعل المسلم علی الصحّه هو أن لا يكون فاعلًا لمحرّم، ولكن هذا لا يثبت كون المال المأخوذ صدقه مثلًا حتی يجوز له أخذه. وبعباره أخری: الحمل علی الصحه إنما يفيد الحلّ مع العلم بالعنوان، كأن يعلم بأنه هديه ويشك فی كونها هديه صحيحه أو فاسده، فيحمل فعل المسلم علی الصحه ويجوز التصرف فی المال المأخوذ.

هذا، ولا ينفذ حكم الحاكم الآخذ للرشوه وإن كان حكمه بالحق، لصيرورته فاسقاً بأخذها، وعليه ردّ ما أخذ علی صاحبه.

قال المحقق: « ويجب علی المرتشی إعاده الرشوه إلی صاحبها، ولو تلفت

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۷: ۴۰۵/۱. أبواب آداب التجاره، الباب ۱۷.

۲- ۲) العروه الوثقی ۳: ۲۵.

قبل وصولها إليه ضمنها له» (۱).

أقول: القول بالضـمان هو المختار، وعن بعضهم نفى الخلاف فيه، ويدلّ عليه عموم قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « على اليد ما أخذت حتى تؤدّى» (۲).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۸.

۲- ۲) عوالى اللئالى ۱: ۲۲۴/۱۰۶.

المسأله الثامنه عشره: (هل يجب إحضار الخصم إلى مجلس الحكم؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضراً» (۱).

أقول: ظاهر « أحضره» هو الوجوب، وفى (القواعد) (۲): إذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم، لزمه أن يعديه ويستدعى خصمه إن كان حاضراً، سواء حرّر المدعى دعواه أو لا ـ قال فى (الجواهر) (۳): بلا ـ خلاف أجده فيه، بل فى (المسالك) (۴)نسبته إلى علمائنا وأكثر العامه، وكذا عن ظاهر (المبسوط) (۵)الإجماع عليه.

فإن كان إجماع على وجوب الإحضار فهو، وإلاّ ففى ما ذكروه من تعلّق حق الدعوى به، نظر واضح، لأن الحاكم كما يحتمل صدق المدّعى فى هذه الدعوى يحتمل كذبه وبطلان دعواه أيضاً، وحيث لم يتبيّن للحاكم بعد صدق الدعوى ووجود الحق، كيف يجب عليه إحضار الخصم؟

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۸.

۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۳۴.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۱۳۴.

۴- ۴) مسالك الأفهام ۱۳: ۴۲۳.

۵- ۵) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۱۵۴.

وكذا الكلام فى قولهم: إن مقتضى منصب الحاكم إحضار الخصم، فإن لازم منصب الحاكم سماع الدعوى والقيام بجميع مقدّمات رفع الخصومه، ولكن لا توقف لذلك على إحضار الخصم، بل له النظر فى القضيه بحسب الموازين الشرعيّه ثم الحكم على الخصم حكماً غيابياً.

فظهر سقوط كلا الوجهين، فالعمده هو الإجماع إن تم.

قال فى (الجواهر) (1): « لكن الإنصاف أنه لا يخفى عليك ما فى دعوى الإجماع فى أمثال هذه المسائل، على أن المحكى عن الفاضل فى المختلف عدم وجوب إحضار الغائب بعد تحرير الدعوى. . .» وعليه، فلا يجب الإحضار ويتعيّن الحكم الغيابى، والغائب على حجته.

وبناء على الوجوب، فلا فرق بين الأشخاص المحترمين وغيرهم:

قال فى (كشف اللثام) (2): سواء كان من أهل الصيانات والمروات أو لا. . قال فى المبسوط (3): « لأن علياً عليه السلام حضر مع يهودى عند شريح. . .» وهذا يعنى أن جميع المسلمين فى الحقوق والأحكام على حدّ سواء، ولا فضل لأحد منهم على أحد فيها (4).

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٦.

٢- ٢) كشف اللثام ٢: ٣٣٤ ط حجرى.

٣- ٣) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٥٤.

٤- ٤) وقد استشكل فى الحكم بوجوب الإحضار مطلقاً جماعه، فعن المحقق الأردبيلى قدّس سرّه فى شرح الإرشاد (مجمع الفائده ١٢: ٩١) : فى الوجوب بل الجواز تأمل إن لم يكن إجماع، إذ مجرد الطلب إلى مجلس القاضى والدعوى ضرر وإهانه، ففعل ذلك من غير ظهور موجب محل تأمل، وكون الظاهر صحه دعواه لا يوجب ذلك وهو ظاهر، على أن تحرير الدعوى لا يضرّه بوجه. وفى المستند (١٧ : ١٣٨) بعد كلام له: وبالجمله: لا وجه تاماً لوجوب الإحضار مع جواز الحكم على الغائب، فالأقرب التخيير، والأولى البعث إليه وإخباره بأنه يحضر أو يحكم عليه. وفى الكفايه (٢: ٦٨٠) - بعد أن نسب القول بالوجوب مطلقاً إلى المعروف من مذهب الأصحاب - والأحوط أن لا يحكم بإحضار قبل تحرير الدعوى، لأن فى الإحضار فى مجلس الحكم نوع إيذاء. وقال السيد فى العروه (٣: ٣٠) : والأقوى عدم وجوب إحضاره حتى بعد التحرير وعدم وجوب حضوره، بناء على جواز الحكم على الغائب عن البلد بل الحاضر فيه إذا أسقط حق حضوره. وقال السيد الخونسارى: فإن تم الإجماع فلا كلام وإلّا فيشكل، حيث أنه مع عدم ثبوت شيء على المدعى عليه ما وجه إلزامه؟

ولا فرق فی ذلک بین تحریر المدّعی دعواه وعدم تحریره لها:

قال المحقق: « سواء حرّر المدّعی دعواه أم لم یحرّرها» (۱).

قال: « أما لو کان غائباً لم یدعه الحاکم حتی یحرّر دعواه، والفرق لزوم المشقه فی الثانی وعدمها فی الأوّل» .

أقول: هـذا المقـدار من المشـقه لا یرفع وجوب الإحضار علی الحاکم أو وجوب الحضور علی المدّعی علیه، وإلا لانتفت الفائده من نصب الحاکم والرجوع إلیه، وهی فصل الخصومه ورفع النزاع. . . فلا وجه لهذا التفصیـل، لکن تقدّم التأمل فی أصل وجوب الإحضار، فعلی الحاکم أن یحکم فی القضیه بحسب الموازین، ثم الغائب علی حجته.

قال: « هذا إذا کان فی بعض مواضع ولایته ولیس له هناک خلیفه یحکم» .

أقول: أی وإلاّ سمع بیّنته إن کانت، وکتب بالأمر إلی خلیفته.

قال: « وإن کان فی غیر ولایته أثبت الحکم علیه بالحجه وإن کان غائباً» .

أقول: وحیث یکون غائباً یکون علی حجّته، فإن حضـر وأثبت بطلان دعوی المـدعی سـقطت الدعوی، کما سـیجئ فی محلّه إن شاء اللّه تعالی.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۷۸.

وحیث یجب علی الحاکم إحضار الخصم، فعلی من تکون مؤنه الإحضار؟ هل علی الحاکم أو علی المدّعی أو علی المدّعی علیه؟ فی المرّه الاُولی المؤنه علی المدعی، لأنه الملتمس للإرسال خلف خصمه فعلیه المؤنه، لأن عمل الرسول محترم ولم یقصد المجان، إلاّ أن یقال: لما وجب الحکم علی الحاکم فقد وجب علیه دفع مؤنه إحضار المدّعی علیه، لأنه مقدمه للواجب، فیکون نظیر شراء الماء للوضوء، ولکن الصحیح أن الواجب علی الحاکم هو أصل الحکم.

ثم، إذا أرسل إلیه وأبلغه الرسول إحضار الحاکم إیّاه، فإن أجاب فهو، وإلا فیرسل إلیه أحد عمّاله للمرّه الثانیه، فإن لم یجب أجبر علی الحضور، فعلی من تکون المؤنه فیما عدا المرّه الاُولی؟ قال الشهید الثانی (۱): فیه وجهان، من أن الملتمس هو المدعی فتکون المؤنه علیه، ومن أن الموجب لهذه المؤنه هو الخصم لاستنکافه عن الحضور فعلیه المؤنه.

أقول: مقتضی القاعده الأوّلیه توجّه المؤنه إلی الملتمس، وأمّا توجهها إلی الخصم الممتنع، فیتوقف علی کونه السبب الأقوی فی لزوم المؤنه والضرر، والظاهر أن المدعی هنا هو السبب للضرر اختیاراً، ولیس امتناع الخصم عن الحضور أقوی فی السببیه للضرر.

وفی (الجواهر) (۲): لا یمکن مطالبه المدعی بالضرر، لأنه لاجعاله ولا إجاره، وأما الخصم فلا وجه لمطالبته، قال: بل فی المرّه الأولی کذلک، لا یجب علی المدعی دفع المؤنه.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۴۲۳ - ۴۲۴.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۱۳۸.

وفيه: أنا قد ذكرنا سابقا: أن عمل المسلم محترم، والمفروض عدم إتيانه بالعمل بقصد المجّان، فحيث كان الملتمس هو المدعى فعليه دفع المؤنه.

وأما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنه كلّها من المحكوم عليه، فاستحسان عقلى لا دليل عليه.

قال المحقق: « ولو ادّعى على امرأه، فإن كانت برزه (۱)فهى كالرجل، وإن كانت مخدّره، بعث إليها من يثق به فى الحكم بينها وبين غريمها» .

أقول: وجه هذا كلّه واضح لا يخفى.

۱- ۱) المراد من المرأه البرزه هى غير المخدره كما هو مقتضى التقابل بينهما، لكن المرجع فيه العرف والعاده كمانص عليه جماعه.

كيفيّه مجلس الحكم

اشاره

وفيها مقاصد:

الأوّل: في وظائف الحاكم.

الثاني: في مسائل متعلقه بالدعوى.

الثالث: في جواب المدّعى عليه.

الرابع: في كيفيه الإستحلاف.

ص:۲۱۷

المقصد الأوّل

اشاره

فی وظائف الحاکم

[الوظیفه] الأُولی: (التسویه بین الخصمین)

قال المحقق: « التسویه بین الخصمین فی السّلام والجلوس والنظر والکلام والإنصات والعدل فی الحکم» (۱).

أقول: جعله التسویه بین الخصمین من الوظائف ظاهره الوجوب (۲)، وبه صرّح فی (الجواهر) (۳).

قال: « ولا تجب التسویه فی المیل بالقلب، لتعذّره غالباً» .

أقول: وأما ما ورد عن الإمام الباقر علیه السلام من أنه « کان فی بنی إسرائیل قاض، وکان یقضی بالحق فیهم، فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۰.
۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۱۳۹.
۳- ۳) بل لقد نسبه فی المستند إلی صریح المحقق، ویتضح ذلک من قوله بعدئذ: ولا تجب التسویه فی المیل بالقلب لتعذره غالباً.

متّ فاغسلینی وکفتّنی وضعینی علی سریری وغطّی وجهی، فإنک لا ترین سوءاً، فلمّا مات فعلت ذلک، ثم مکث بذلک حیناً، ثم إنها کشفت عن وجهه لتنظر إلیه، فإذا هی [هو] بدوده تقرض منخره، ففزعت من ذلک.

فلمّا کان اللّیل أتاها فی منامها فقال لها: أفزعک ما رأیت؟

قالت: أجل، فقال لها: أما لئن کنت فزعت، ما کان الذی رأیت إلاّ فی أخیک فلان، أتانی ومعه خصم له، فلما جلسا إلیّ قلت: اللهم اجعل الحق له ووجّه القضاء علی صاحبه، فلما اختصما إلیّ کان الحق له ورأیت ذلک بیّناً فی القضاء، فوجّهت القضاء له علی صاحبه، فأصابنی ما رأیت لموضع هوای کان مع موافقه الحق» (۱).

فقد حمله صاحب (الجواهر) (۲)علی ضرب من الحثّ علی المراتب العالیه (۳).

قال: « هذا کلّه مع التساوی فی الإسلام أو الکفر. . .» .

أقول: أی إنما تجب التسویه – علی القول بها – مع التساوی بین الخصمین فی الإسلام أو الکفر، أی کونهما مسلمین أو کافرین، وأما إذا کان أحدهما مسلماً،

---

۱ – ۱) وسائل الشیعه ۲۷ : ۲۲۵/۲. أبواب آداب القاضی، الباب ۹. وهی بإسناد الشیخ الکلینی قدّس سرّه صحیحه أو حسنه بإبراهیم بن هاشم القمی.

۲– ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۱۴۲.

۳– ۳) وفی المستند (۱۷: ۱۱۵) : إن المؤاخذه کانت علی ما قاله بقوله: اللهم. . حیث أظهر باللّسان ما کان فی قلبه وإن لم یظهره علی الخصمین. فتأمل. وقد استدل به فی مفتاح الکرامه علی استحبابها فی صوره الإمکان، قال: نعم، إن أمکن ولو بجهد استحب کما أشار إلیه فی الدروس، لما رواه ثقه الإسلام والشیخ الطوسی فی الأمالی عن أبی جعفر علیه السلام قال: کان فی بنی إسرائیل قاض. . . الکافی ۵: ۵۵۶/۱۰، التهذیب ۶: ۲۲۲/۲.

جاز أن يكون الذمی قائماً والمسلم قاعداً أو أعلی منزلاً، قال فی (الجواهر) « بلا خلاف، بل فی الرياض أنه كذلک قولاً واحداً» (۱).

قلت: أما العدل فی الحكم، فلا خلاف بين المسلمين فی وجوبه، حتی لو كان أحد الخصمين مسلماً والآخر كافراً، وهو صريح الكتاب (۲)والأخبار المستفيضه إن لم تكن متواتره (۳). . . هذا إذا لم يكن فی الحكم ضرر، وأما إذا كان فيه ضرر، فإن كان الضرر المترتّب متوجّهاً إلی حياه الحاكم، بمعنی أنه لو حكم بالعدل فی القضيه وقعت حياته فی خطر، ترک الحكم بالعدل، ولكن ليس له الحكم بالباطل، وإن استلزم الحكم ضرراً علی المدّعی عليه زائداً علی أصل ما يقتضيه، لم يجب عليه إصدار الحكم حينئذ، وإن استلزم ضرراً علی المدّعی، فإن كان باختيار نفسه فالأمر واضح، وإن كان الضرر يتوجّه إليه فيما إذا حكم له الحاكم من قبل المحكوم

۱- ۱) ولما ذكره الأصحاب فی كتبهم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه جلس بجنب شريح فی حكومه له مع يهودی فی درع وقال: « لو كان خصمی مسلماً لجلست معه بين يديک، ولكن قد سمعت رسول اللّه صلّی اللّه عليه وآله وسلّم يقول: لا تساووهم فی المجلس» . قال فی المستند (۱۷: ۱۱۶) : وضعفه منجبر، وهل يختص ذلک بالمجلس أو يتعدی إلی غيره أيضاً؟ الظاهر: التعدی كما اختاره فی الروضه، وإليه ذهب والدی فی المعتمد، واستقواه بعض المعاصرين، للأصل، واختصاص النصوص بحكم التبادر، واختصاص المورد بالمسلمين وخلوّ ما ظاهره العموم عن الجابر مع ضعفه.

۲- ۲) كقوله تعالی: «إِنَّ اَللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَمٰانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا وَ إِذٰا حَكَمْتُمْ بَيْنَ اَلنّٰاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (سوره النساء۴: ۵۸) وقوله تعالی: «إِنَّ اَللّٰهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ» وقوله تعالی: «يٰا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّٰامِينَ لِلّٰهِ شُهَدٰاءَ بِالْقِسْطِ وَ لاٰ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلیٰ أَلاّٰ تَعْدِلُوا اِعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْویٰ» (سوره المائده ۵: ۲) وقوله تعالی: «يٰا دٰاوُدُ إِنّٰا جَعَلْنٰاکَ خَلِيفَهً فِی اَلْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّٰاسِ» (سوره ص ۳۸: ۲۶) .

۳- ۳) تجدها فی الأبواب المختلفه من كتاب القضاء من وسائل الشيعه، ويدلّ عليه الروايات التی يستدل بهاعلی وجوب التسويه بين الخصمين فی أنواع الإكرام، وسيأتی ذكر بعضها.

عليه، فلا يجب على الحاكم الحكم كذلك.

وإن تعارض ضرران على أثر حكم، كضرر الحاكم وضرر المحكوم عليه مثلاً فقيل: مقتضى قاعده نفى الضرر أن يحكم الحاكم بحيث يندفع الأشدّ، وفيه: إن مقتضى القاعده أن لا يحكم الحاكم فى القضيه أصلًا.

وأما التسويه بين الخصمين المسلمين أو الكافرين فى الامور الاخرى، كالسلام والجلوس والنظر والكلام والإنصات ونحو ذلك، ففى وجوبها خلاف، ففى (المسالك) (۱)نسبه الوجوب إلى الأكثر، بل ادعى عليه الشهره، وقد يستدلّ له بقوله تعالى: «فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۲)ونحوه، بناءاً على أن التسويه بينهما فى هذه الامور أيضاً من مقدّمات الحكم، فيكون معنى الآيه وجوب العداله فى الحكم ومقدّماته.

بل قيل بوجوب التسويه بينهما فى رد السّلام، فإن سلّم أحدهما قبل الآخر صبر حتى يسلّم الآخر، فيردّ عليهما معاً مرّه واحده بقوله: « عليكما السلام» إلا إذا طالت المدّه عرفاً، فيردّ السلام على الأوّل حينئذ.

أقول: لكن استفاده وجوب التسويه بينهما فى هذه الامور من الآيه الكريمه مشكله.

واستدلّ أيضاً بروايات على وجوب التسويه كذلك:

١ - محمد بن يعقوب، عن على بن إبراهيم، عن أبيه، عن الحسن بن محبوب، عن عمرو بن أبى المقدام، عن أبيه، عن سلمه بن كهيل قال: سمعت علياً

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ۴۲۸.

٢- ٢) سوره ص: ۲۶.

عليه السلام يقول لشريح. «. . . ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك، حتى لا ـ يطمع قريبك فى حيفك، ولا ييأس عدوّك من عدلك. . .» (۱).

وهذه الروايه يبتنى اعتبار سندها على القول بتصحيح ما يصحّ عن أحد الرواه الذين عرفوا ب « أصحاب الإجماع» ، فلا تقدح جهاله الراوى الذى هو بعده، وهنا فى سند هذه الروايه من أصحاب الإجماع: « الحسن بن محبوب» (۲)ولولاه فهى غير معتبره، لوجود « سلمه بن كهيل» فيه.

وأما من حيث الدلاله، فقد قال المحقق العراقى قدّس سرّه: يستفاد من تعليله عليه السلام التساوى بهذا المعنى عدم وجوبه، وكون الأمر إرشادياً، فلو حكم بالعدل واقعاً وعلم الخصمان بذلك واطمأنّا بذلك، لم يلزم مراعاه هذه الامور، وكان فى سعه بالنسبه إليها (۳).

أقول: وما ذكره قدّس سرّه يتم بناءاً على كون « حتى» تعليليه، وأما بناءاً على كونها غائيه، وأن الإمام عليه السلام قد ألزمه بالتسويه حتى لا يطمع. . . فلا، والظاهر هو الثانى، ولو سلّمنا كلامه، فإن العلّه لا ترفع الحكم، فلو قال: لا

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۱/۱. أبواب آداب القاضى، الباب ۱.
۲- ۲) أى بناء على عدّ الكشى إيّاه منهم، وهذا نص كلامه: « تسميه الفقهاء من أصحاب أبى إبرهيم وأبى الحسن الرضا عليهما السلام: أجمع أصحابنا على تصحيح ما يصحّ عن هؤلاء وتصديقهم وأقرّوا لهم بالفقه والعلم، وهم سته نفر اُخر دون السته نفر الذين ذكرناهم فى أصحاب أبى عبد اللّه عليه السلام، منهم: يونس بن عبد الرحمن، وصفوان بن يحيى بياع السابرى، ومحمد بن أبى عمير، وعبد اللّه بن المغيره، والحسن بن محبوب، وأحمد بن محمد بن أبى نصر. وقال بعضهم مكان « الحسن بن محبوب» : الحسن بن على بن فضال، وفضاله ابن أيوب، وقال بعضهم مكان فضاله بن أيوب: عثمان بن عيسى. وأفقه هؤلاء يونس بن عبد الرحمن وصفوان بن يحيى» رجال الكشى: ۴۶۶.
۳- ۳) كتاب القضاء.

تشرب الخمر لأنه مسكر، لم يكن معناه عدم الحرمه عند عدم الإسكار، بل يحرم شربه حتى قليله الذى لا يسكر وحتى إذا مزج بالماء، كما روى فعله من بعض خلفاء الجور.

٢ - عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لعمر ابن الخطاب: « ثلاث إن حفظتهن وعملت بهن كفتك ما سواهنّ، وإن تركتهنّ لم ينفعك شىء سواهن. قال: وما هنّ يا أبا الحسن؟ قال: إقامه الحدود على القريب والبعيد، والحكم بكتاب اللّه فى الرضا والسخط، والقسم بالعدل بين الأحمر والأسود.

قال عمر: لعمرى، لقد أوجزت وأبلغت» (١).

قال بعض أعلام العصر: إن قوله عليه السلام: « إن حفظتهن وعملت بهن كفتك ما سواهن، وإن تركتهن لم ينفعك شىء سواهن» يفيد عدم لزوم شىء آخر وراء ما ذكر (٢).

وفيه: إن كانت الأخبار الدالّه على وجوب تلك الامور معتبره سنداً ودلاله، لم يجز لنا رفع اليد عن مداليلها بهذه الروايه، والمراد من هذه الروايه التأكيد على أهميه الامور الثلاثه، على أن من الواضح وجود أمور لا ريب فى

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٢/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ١. وهو للكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس عن عبيد اللّه بن على الحلبى عن الصادق عليه السلام. وفيه « إسماعيل بن مرار» وهو مختلف فيه، فقد ذكر فى تنقيح المقال (١: ١۴۴) عدّ الشيخ إياه فى باب من لم يرو عنهم عليهم السلام ساكتاً عليه، ولم ينقل عن النجاشى فيه شيئاً، ثم ذكر عن المحقق الوحيد البهبهانى قدّس سرّه توثيقه ووافقه عليه، أما السيد الخوئى (۴: ٩۶) دام ظلّه، فقد ذكر كلام الوحيد ولم يوافقه. فراجع.

٢- ٢) جامع المدارك: ۶/٢١.

حرمه فعلها أو تركها على القاضى لم يذكرها الإمام عليه السلام فى هذه الروايه، فتكون نظير قوله تعالى: «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبٰائِرَ مٰا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئٰاتِكُمْ» (۱)فإنه لا يقتضى خروج الصغائر عن كونها معاصى منهيّاً عنها.

۳ - السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: « من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشاره وفى النظر وفى المجلس» (۲).

والأمر ظاهر فى الوجوب.

۴ - السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام: « إن رجلاً نزل بأمير المؤمنين عليه السلام، فمكث عنده أيّاماً، ثم تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها لأمير المؤمنين عليه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحوّل عنا، فإن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم نهى أن يضاف الخصم إلّا ومعه خصمه» (۳).

فإن المستفاد منه لزوم ترك كلّ أمر ينتزع منه الحبّ والإختصاص واللّطف لأحد الخصمين دون الآخر.

۵ - عن عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « إذا تقدّمت مع

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۳۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۴/۱. أبواب آداب القاضى، الباب ۳. وهو للكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى - وهو الحسين بن يزيد - عن السكونى - وهو إسماعيل بن أبى زياد - عن أبى عبد اللّه عليه السلام. ولقد كثر البحث عن وثاقه النوفلى والسكونى بين الأعلام، إذ لم ينص قدماء الرجاليين على توثيق لهما. نعم، عن الشيخ فى كتاب العدّه دعوى إجماع الطائفه على العمل بروايات السكونى (العدّه فى اصول الفقه ۱: ۴۹) . نعم، هما معاً من رجال كتاب كامل الزيارات بناءً على أنه قد التزم فيه بالروايه عن الثقات، فلاحظ. وتأمل.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۴/۲. أبواب آداب القاضى، الباب ۳. بالاسناد المتقدّم.

خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه. يعنى عن يمين الخصم» (۱)أى كن إلى جنبه من طرف يمينه.

هـذا، وقد اختار فى (الجواهر) (۲)تبعاً لجماعه اسـتحباب التسويه، فقال بعـد أن أورد بعض هـذه الأخبار، وذكر كلام صاحب (الرياض) فى اعتبار أسانيـدها وحجيه بعضـها: إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، من دعوى اعتبار أسانيـدها وحجيه بعضـها، لأنه مبنى على أنه إن كـان فى السـند أحـد من أصـحاب الإجمـاع لم تقـدح جهـاله الراوى بل وفسـقه، والتحقيق خلافه. . . وحينئـذ، فقطع الاـصول المعظمه بمثل هـذه النصوص المنساق منها إراده ضـرب من النـدب والكراهه - كما سـمعت الفتوى بها فى إضافه أحد الخصـمين - مشـكل، خصوصاً مع ظهور خبر سـلمه فى إراده بيان الآداب فى أحوال القاضـى لا خصوص المتخاصمين الذى هو محلّ البحث، وصعوبه المساواه الحقيقيه. . . .

أقول: المراد من التسويه هى التسويه العرفيه لا الحقيقيه، وحيث أن القول بالوجوب قد حكى عليه الشهره المطلقه بين الأصحاب، وهى الجابره لضعف بعض هذه النصوص مع تصحيح بعضها الآخر بوقوع أحد أصحاب الإجماع فى سنده، فالأظهر هو الوجوب، ومع التنزل فلا يترك الإحتياط.

وبما ذكرنا يندفع ما قاله بعض أعلام العصر من أن إيجاب التسويه يورث الوحشه فى الحاكم ويوقعه فى الحرج (۳).

هذا، والظاهر أن ذكر تلك الامور فى هذه الروايات هو من باب التمثيل، فلا

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۸/۱. أبواب آداب القاضى، الباب ۵، وهو خبر صحيح.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۱۴۱.

۳- ۳) جامع المدارك: ۶/۲۰.

مانع من التعـدّی منها إلی غیرها، بل إن المسـتفاد من قوله علیه السـلام « حتی لا یطمع قریبک فی حیفک ولا ییأس عـدّوک من عدلک» هو لزوم ترک کلّ أمر یورث طمع القریب فی حیفه ویأس البعید من عدله.

الوظيفه الثانيه: (ترک تلقين أحد الخصمين)

قال المحقق: « لا يجوز أن يلقّن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، ولا أن يهديه لوجوه الحجاج» (١).

أقول: ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلقّن أحد الخصـمين ما فيه ضـرر على خصمه، فمثلًا: قد يطرح المدعى دعواه بحيث يحتاج إلى إقامه البينه عليها، فيلقّنه طرحها على النحو الذى لا يحتاج إليها، أو أن يقول المنكر للمدّعى « أعطيتک طلبک» فيكون مدّعياً يحتـاج إلى الـبينه على إعطـائه الطلب، فيلقّنه الحـاكم أن يقول « لاـ تطلبنى» فيكون منكراً لاـ يحتـاج إلى إقـامه الـبيّنه، وقـد ذكر المحقق الدليل على ذلک بقوله: « لأن ذلک يفتح باب المنازعه وقد نصب لسدّها» .

أقـول: ولكن هـذا لاـ يكون دليلاًـ لعـدم جواز التلقين فى جميع الموارد، بـل التلقين قـد يؤدّى إلى سـرعه حـلّ النزاع وسـدّ بـاب المخاصـمه فى بعض الموارد، فالـدليل أخص من المـدعى. هذا أوّلًا. وثانياً: فتح باب المخاصـمه فيما إذا ساعد على ظهور الحق وواقع القضيه، غير محرم، فالصحيح عدم الحرمه (٢)إلا إذا استلزم

ص:٢٢٨

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨٠.

٢- ٢) إذ الإجماع المـدعى لم يعلم تحققه، والنص مفقود، والتعليل المـذكور ضـعيف، بل لقـد استضـعفه بعض القائلين بالحرمه كالمحقق النراقى حيث قال: وأما ما ذكروه دليلاً على عـدم الجواز مطلقاً من إيجابه فتح باب المنازعه، فضـعيف، لمنع عدم جواز فتحهـا كليه أوّلاًـ وعـدم إيجـابه له على الإـطراد ثانيـا. ومن هنا قال صاحب الكفايه: لا أعرف على أصل الحكم حجه فللتأمل فيه مجال، وعن المحقق الأردبيلى أنه مال إلى الجواز إن لم يرد بذلک تعليم ما ليس بحق. هذا، إلا إذا اسـتلزم التلقين ضرراً أو كان منافياً للتسويه بناء على وجوبها، وإلى هذا الذى ذكره السيد الاستاذ دام بقاه أرجع صاحب مفتاح الكرامه كلمات القائلين بالحرمه اسـتناداً إلى التعليل المـذكور حيث قال: والمراد من العبارات على اختلافها أن الواجب على القاضـى أن يجهد نفسه فى سدّ باب المنـازعه ولاـ يتعرّض لشـىء يفتحه، لأـنه منصـوب لقطع المنازعـات، وقـد اسـتأمناه على الحكم من غير حيف وميـل، فـإذا لقّن أحـدهما ما فيه ضـرر على الآخر فقـد خانه ولم يكن ساوى بينهما، وإن لقّن الآخر كـذلک ليساوى بينهما فقد ألجأهما إلى دوام المنازعه. وهذا مراد الأصحاب، فالحجّه عليه واضحه فبطل ما فى الكفايه.

التلقين ضرراً أو كان منافياً للتسويه بناء على وجوبها، ولم أجد فى النصوص ما يقتضى حرمه التلقين بخصوصه.

هذا، ولا مانع من الإستفسار، بأن يسأله عن الخصوصيّات لغرض العثور على الحق ووضوح الحكم، إلا إذا استلزم ضرراً أو خالف التسويه كذلك.

ص:۲۲۹

الوظيفه الثالثه: (أمر الخصمين بالتكلّم)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما: تكلّما، أو ليتكلّم المدعى، ولو أحس منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك» (۱).

أقول: لم أجد نصّاً يقتضى استحبابه، والظاهر أنه أمر أخلاقى مستحسن عقلاً (۲).

قال: « ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الآخر» .

أقول: لأنه ينافى التسويه، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهه أحدهما بالخطاب دون الآخر، غير جائز لا مكروهاً (۳)، اللهم إلا إذا كان ذلك بحيث لا ينافى التسويه، مثل ما إذا كان أحدهما حاضراً قبل الآخر وهو لا يعلم بكونهما خصمين.

ص:۲۳۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۰.

۲- ۲) لعدم النص أولاًـ ولوقوع الخلاف فى الحكم المذكور ثانياً، قال فى المستند (۱۷: ۱۱۸ - ۱۱۹) : « وظاهر الحلّى عدم الإستحباب حيث قال: ولا ينبغى للحاكم أن يسأل الخصمين، والمستحب له تركها حتى يبدء بالكلام، فإن صمتا فله أن يقول لهما حينئذ: إن كنتما حضرتما بشىء فاذكراه» .

۳- ۳) كما قال فى المسالك (۱۳: ۴۳۰) : وقد تقدم أن التسويه فيه واجبه، وههنا جعل هذا النوع من الخطاب مكروهاً، فأما أنه استثناء من السابق أو رجوع عن الحكم، وظاهر العلامه فى التحرير والشيخ فى المبسوط: التحريم، لأنهما عبّرا بصيغه النهى كالسابق، وهو حسن، لاشتراكهما فى المقتضى له، وفى الدروس: لم يجعل التسويه فى الكلام من الواجب، وذكر كراهه تخصيص أحدهما بالخطاب هنا وهو يدل على كراهته مطلقاً.

الوظیفه الرابعه: (ترغیب الخصمین فی الصّلح)

قال المحقق: « إذا ترافع الخصمان وکان الحکم واضحاً، لزمه القضاء، ویستحب ترغیبهما فی الصّلح. . .» (۱).

أقول: فی صوره وضوح الحکم یلزمه القضاء ولا سیما مع المطالبه به.

والترغیب فی الصّلح حینئذ معناه أن یتراضیا - بترغیب من القاضی - بعدم صدور الحکم وبفصل الخصومه بالمصالحه (۲)، لکن المحقق قدّس سرّه یقول فی الوظیفه السابعه - کما سیأتی -: « ویکره للحاکم أن یشفع فی إسقاط حق أو إبطال» ، إلا أن یجمع بین کلامیه: بأن ترغیبهما فی الصلح هو قبل الحکم وفی صوره جهلهما به، وأما بعد ما حکم وعلم به، فیکره أن یشفع فی إسقاط حق أو إبطال.

بل یجب علی القاضی ذلک فی موارد، ومن الموارد التی علی القاضی الترغیب فی المصالحه فیها هو فیما إذا نصب قاض للقضاء بین الناس وهو یعلم بعدم عداله

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۱.
۲- ۲) لقوله تعالی: «وَ اَلصُّلْحُ خَیْرٌ» (سوره النساء ۴: ۱۲۸) وقوله: «إِنَّمَا اَلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَهٌ فَأَصْلِحُوا بَیْنَ أَخَوَیْکُمْ» (سوره الحجرات ۴۹: ۱۰) وغیرهما، وفی صحیحه هشام بن سالم: « لأن أصلح بین اثنین أحبّ إلی من أن أتصدق بدینارین» وسائل الشیعه ۱۸: ۴۳۹/۱. أبواب الصلح، الباب ۱. وعن جماعه: انه لا یجوز للحاکم أن یأمر بالصلح ولا یشیر به. وقیل: إن المستحب للقاضی الترغیب فی أصل الصلح، وأما التوسط فیما یصطلحان به فیحوّله إلی ثالث.

نفسه، فإنه لا يجوز له الحكم فى هذه الحال، بل عليه ترغيب المتخاصمين فى المصالحه أو حلّ النزاع بينهما بنقل الفتوى أو نحو ذلك من الطرق، ثم إرجاع النظر فى القضيه والحكم فيها إلى الحاكم الجامع للشرائط إن لم يتوافقا على الصّلح.

هـذا، وأمـا مـع عـدم وضوح الحكم، فلا يجوز التعجيـل فى الحكم، بـل يسـتحب إحضـار العلمـاء والفضـلاء فى مجلس الحكم والتشاور معهم حتى يقلّ الإشتباه والخطأ مهما أمكن.

ص:۲۳۲

الوظيفه الخامسه: (رعايه العداله فی ورود الخصوم علیه)

قال المحقق قـدّس سرّه: « إذا ورد الخصوم مترتّبین، بـدأ بالأوّل فالأوّل، فإن وردوا جمیعاً، قیل: یقرع بینهم، وقیل: یکتب أسـماء المـدّعین ولا یحتاج إلی ذکر الخصوم، وقیل: یـذکرهم أیضاً لتنحصـر الحکومه معه. ولیس معتمـداً، ویجعلها تحت ساتر ویخرج رقعه رقعه ثم یستدعی صاحبها، وقیل: إنما یکتب أسماءهم مع تعسر القرعه بالکثره» (1).

أقول: إذن، فی المسأله أقوال متعدده، لکن المشهور - کما عن (المسالک) - هو القول الأخیر (2).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۱.
۲ - ۲) وفی النـافع لم یـذکر إلاـ قولاًـ واحـداً حیث قال: « وإن اجتمع خصوم کتب أسـماء المـدعین واسـتدعی من یخرج اسـمه» المختصر النافع: ۲۸۱.

الوظيفه السادسه: (عدم سماع دعوى المدّعى عليه حين إقامه المدعى دعواه)

قال المحقق: « إذا قطع المدّعى عليه دعوى المدّعى بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى وتنتهى الحكومه ثم يستأنف هو» .

أقول: إذا أقام أحد المتداعيين دعواه كان وظيفه القاضى الإستماع إليها، فلو تكلّم الآخر فى خلال دعواه لم يسمع كلامه، ثم عندما تنتهى دعواه يسكت هذا ويبدأ ذاك، وذلك، لأحقيّه السابق فى الحقوق المشتركه مطلقاً، أى سواء فى القضاء أو الفتوى أو الدرس، فإن الأسبق أحق، وكذا الأمر فى الأموال المشتركه، فمن سبق إلى مكان مشترك فهو أحق به.

وهل لو خالف الحاكم ذلك ضمن - بالإضافه إلى المخالفه للوظيفه الشرعيه -؟ فيه تردد.

ولو أسقط السابق حقّه سقط.

وهذا المعنى لا يختص بمورد الخصومه، فلقد كان من سيره النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم أنه إذا كلّمه أحد لا يستمع إلى كلام غيره حتى يتمّ الكلام مع الأوّل، إلاّ بإذنه.

الوظيفه السابعه: (استماع دعوى الذى على يمين صاحبه)

قال المحقق: « إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، ولو ابتدرا بالدعوى سمع من الذى على يمين صاحبه» (١).

أقول: لا ريب فى أولويّه من بدر من الخصمين بالدعوى بإيراد دعواه، ولو ابتدرا معاً فقد ذكروا: أنه يسمع الحاكم من الذى على يمين صاحبه – مع أنهم قالوا فى مسأله ورودهما معاً عليه بالقرعه – وقد استندوا فى ذلك إلى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام:

« قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم أن يقدّم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام» (٢).

ويؤيّده صحيحه عبد اللّه بن سنان المتقدمه سابقاً: « إذا تقدّمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه – يعنى: عن يمين الخصم» (٣)بناء على عود الضمير إلى الخصم. . .

وعن الشيخ فى (المبسوط) (۴)نسبته إلى روايه أصحابنا، ثم ذكر الأقوال فى

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٨/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ۵.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٨/١. أبواب آداب القاضى، الباب ۵.

۴- ۴) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١۵۴.

المسأله ثم قال: « وبعد ما رويناه القرعه أولى» ، وعن (الخلاف) قوّه القول بالقرعه، قال: « لأنه مذهبنا فی كلّ أمر مجهول» (1).

قلت: القول بتقديم الحاكم من شاء منهم - بعد الروايه - هو الأولى، لأنه بناء على كون الإستماع وظيفه شرعيه، فحيث لا يمكنه الإستماع إليهما معاً للتزاحم، كان الحكم هو التخيير عقلاً، ومعه لا جهاله حتى يرجع إلى القرعه. . . لكن المتعيّن هو العمل طبق النص الموجود فی المقام.

قال: « ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما، فيقدّم دفعاً للضرر» (2).

أقول: لكن هذا فی صوره حلّ النزاع بذلك، وأما لو توقّف على الإستماع منهما، فلا أثر لتقديم المسافر، سواء كانا متداعيين أو لا؛ والعجب من الشرّاح كيف لم يلتفتوا إلى هذه النكته. نعم، هذا الفرع يفيد فی صوره تعدّد الدعوى، فإنه إذا استضر أحد طرفی إحداهما قدّمت تلك الدعوى دفعاً للضرر.

قال المحقق: « ويكره للحاكم أن يشفع فی إسقاط حق أو إبطال» .

أقول: قد ذكرنا طريق الجمع بين هذه العباره وعبارته السابقه فی الوظيفه الرابعه.

ص:236

1- 1) كتاب الخلاف 6: 234 / المسأله: 32.

2- 2) شرائع الإسلام 4: 81.

المقصد الثانی

اشاره

فی مسائل متعلّقه بالدّعوی

المسأله الأولی: (هل تسمع الدعوی المجهوله؟)

قال المحقق قدّس سرّه (۱): « قال الشیخ: لا تسمع الدعوی إذا کانت مجهوله، مثل أن یدّعی فرساً أو ثوباً، ویقبل الإقرار المجهول ویلزم تفسیره، وفی الأوّل إشکال» (۲).

ص:۲۳۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۲.

۲- ۲) ذکروا أنه لا خلاف فی صحه الوصیه بالمجهول والإقرار بالمجهول، فیقبل دعوی الوصیه به والإقرار به، بل فی الریاض عن التنقیح الإجماع علی ذلک (الریاض ۱۵: ۱۶۳) ، ثم وقع الخلاف بینهم فی الدعوی وأنه هل یشترط فی سماعها کون المدعی به معلوماً معیناً أم تسمع الدعوی المجهوله کما هو الحال فی الوصیه والاقرار، علی قولین: فالأول عدم الجواز، وقد حکی هذا القول عن الشیخ وابن إدریس وجماعه من القدماء والمتأخرین. والثانی: الجواز، وبه صرّح المحقق فی النافع بقوله: وفی سماع الدعوی المجهوله تردّد والأشبه الجواز، والعلّامه فی القواعد حیث قال: والأقرب سماع الدعوی المجهوله، والشهید الثانی فی المسالک والروضه، بل نسبه فی المستند إلی أکثر متأخری المتأخرین بل الأکثر مطلقاً (حکاه عنهم فی الریاض ۱۵: ۱۶۲ - ۱۶۳) . واستدل للقول الأوّل: بأنه لا یترتب علی هذه الدعوی الأثر وهو حکم الحاکم بها لو أجاب المدعی علیه بالإیجاب. واستدل علی الثانی: بأنه مقتضی عمومات الدعوی والمدعی والحکم، وبأن عدم سماع هذه الدعوی قد یوجب الضرر علی المدعی، وأجابوا عن دلیل الأوّل: بمنع عدم الفائده، وبأنه ینافی قولهم بقبول الإقرار بالمجهول، وحینئذ یبقی تعیین الحق أمراً آخر، وأما وجوه الفرق التی ذکروها بین المقامین فلم یتم شیء منها کما ذکر السید الاستاذ دام بقاه.

أقول: وجه الإشكال عدم الفرق بين الدعوى والإقرار فى ذلك.

وقد استدلّ القائلون بالفرق بعدم الفائده من الدعوى إذا كانت مجهوله.

وأورد عليه بأن الإقرار كذلك، فإن اُلزم بالتفسير، فليلزم المدعى بتفسير دعواه المجهوله.

وذكر بعضهم فى وجه الفرق: إن أثر الإقرار ثبوت حق للمقرّ له - ولو إجمالاً - عند الحاكم، فلو لم يسمعه لضاع هذا الحق، فعليه أن يسمعه حتى يمكنه إلزامه بالتفسير، فإذا لم يسمعه لم يفسر، بخلاف المدعى للدعوى المجهوله، فإنه إذا لم يرتّب الحاكم أثراً على دعواه المجهوله اضطرّ بنفسه إلى التفسير، لأنه يدّعى حقاً لنفسه عند المدّعى عليه.

وأشكل عليه: بأن مجرّد هذا لا يكفى لدفع الإيراد بأن وظيفه الحاكم هو الحكم، وهذا متوقف على استماعه، بلا فرق بين الدعوى والإقرار.

ويمكن أن يقال: بأن الفرق هو أنه بالإقرار يقطع الحاكم بالحق فيحكم به ويلزم المقرّ بالتفسير، وأما فى الدعوى المجهوله، فإن أصل الحق مشكوك فيه، وحينئذ، فليس على الحاكم إلزامه بالتفسير، فإن شاء المدّعى أن يفسر فهو.

ولكنه أيضاً لا يكون جواباً، فإن القضاء واجب على الحاكم، سواء فى القضيّه المقطوع بها والمشكوك فيها.

وقال صاحب (الجواهر) بعد ذكر الوجوه المذكوره والإشكال فيها:

« فالتحقيق أن يقال: لا ريب فی عدم سماع الدعوی المجهوله من كلّ وجه، التی من أفرادها ما لا يقبل الدعوی. . . أما المجهوله التی كليّها يوجب غرامه بأی فرد يفرض تشخيصه، فلا مانع من قبولها، وفاقاً لأكثر المتأخرين أو جميعهم إلاّ النادر. . .» (۱).

أقول: ذكر هذا الشيخ فی (المبسوط) (۲)، ولعلّ وجهه دعوی انصراف الإطلاقات الوارده فی القضاء عن المورد الذی لا يفسر فيه المدعی دعواه. وهنا تاره: عندما يطالب بالتفسير، يترك الدعوی ويرفع اليد عنها فلا كلام، وأخری: يدّعی النسيان لخصوصيات مورد الدعوی فيطالب المدعی الحاكم بالسؤال من المدّعی عليه فيقول: « اسألوه فإن لم يقرّ فلا دعوی» ، فهنا الظاهر وجوب السؤال من المدّعی عليه، فدعوی الإنصراف فی الشق الأوّل صحيحه دون الثانی.

ثم قال الشيخ: « هذا كلّه ما لم يكن وصيّه، فأما إن كانت وصيه سمع الدعوی فيها» .

أقول: لما تقرّر فی كتاب الوصيه من أنه يصحّ الوصيه بالمجهول، وقد بحثوا هناك عن المقدار فی ما إذا أوصی ب « شیء» أو « شیء كثير» أو « جزء من المال» ونحو ذلک، حيث يدلّ ذلک علی صحه الوصيّه بالمجهول.

قال الشيخ قدّس سرّه: « والفصل بينها وبين سائر الحقوق. . . إن تمليک المجهول بها يصح، فصح أن تدعی وصيه، وليس كذلک غيرها، لأن تمليک المجهول

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۵۰.

۲- ۲) المبسوط فی فقه الإماميّه ۸: ۲۵۹.

به لا يصح» .

أقول: لا ـ ريب في جواز تملّك المال المجهول كمّاً وكيفاً، وهل يجوز تمليكه؟ نعم يجوز تمليكه هبه، كأن يعطيه صندوقاً قائلاً له: وهبتك الصندوق بما فيه، أو وصيه، فإن ادّعى تمليك شيء مجهول لا بالوصيه والهبه والصلح لم تسمع دعواه، لعدم جواز تمليك المجهول بغير هذه الطرق.

وحيث أن الإقرار بالمجهول مسموع، فهل دعوى الإقرار كذلك مسموعه أيضاً؟ قيل: نعم، لوجود الفائده، وفي (الجواهر) (۱)عن الدروس: فيه وجهان، وذكر للعدم عدم إيجاب هذا الإقرار حقّاً، لأن الإقرار لا يثبت المقرّ فيه، وأجاب عنه في (الجواهر) : بأنه لما ثبت إقراره بالدعوى أثبت الإقرار المقرّ فيه، ولا ـ فرق في ترتب الفائده ووجودها بين كونه مع الواسطه أو بدونها، فالصحيح أنه بناء على الاستماع لا فرق.

ص:۲۴۰

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۵۱.

المسأله الثانيه: (هل يشترط الجزم في الدعوىٰ؟)

قال الشيخ قدّس سرّه (١): « فإن كانت أثماناً، فلابدّ من ثلاثه أشياء يكون بها معلومه وهو: أن يذكر القدر والجنس والنوع. . . فإن كان هناك خلاف في صحاح أو مكسره، فلابدّ من أن يقول: صحاحاً أو مكسره، لأن التفاوت كثير في كلّ هذا. قالوا: أليس لو باع ثوباً بألف مطلقاً انصرف إلى نقد البلد؟ هلاّ قلتم يسمع الدعوى مطلقاً وينصرف إلى نقد البلد؟ قلنا: الفصل بينهما أن الدعوى إخبار عمّا كان واجباً عليه، وذلك يختلف في وقت وجوبه باختلاف الأزمان والبلدان، فلهذا لم يسمع منه إلا محرّره، وليس كذلك الشراء لأنه إيجاب في الحال، فلهذا انصرف إلى نقد البلد كقيم المتلفات، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون في البلد نقود مختلفه، فحينئذ لا يصح أن يطلق الثمن، ولابدّ أن يكون موصوفاً.

هذا إذا كانت أثماناً.

فأما إن كانت من غير الأثمان، لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون عيناً قائمه أو تالفه، فإن كانت عيناً قائمه نظرت، فإن كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب والثياب، ضبطها وطالب بها، وإن ذكر القيمه كان تأكيداً، وإن لم يذكرها جاز، لأن الإعتماد على ضبط الصفات، وإن كانت العين مما لا يمكن ضبط صفاتها

١- ١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٥٧.

كـالجواهر ونحوهـا، ذكر قيمتهـا، وأما إن كانت تالفه نظرت، فإن كان لها - مثل كالحبوب والأدهان والأقطان - وصـفها وطالب بها، لأنها يضمن بالمثل، وإن لم يكن لها مثل - كالعبيد والثياب، فلابدّ من ذكر القيمه» .

قال المحقق: « وفى الكلّ الإشكال، ينشأ من مساواه الدعوى بالإقرار» .

ثم قال قدّس سرّه: « ولابدّ من إيراد الدعوى بصيغه الجزم. . .» (۱).

أقول: فسّر صاحب (الجواهر) قدّس سرّه كلام المحقق بقوله (۲):

« التى يستدلّ بها على جزم المدعى بما يدّعيه، كما عن الكافى والغنيه والكيدرى وظاهر الوسيله بل فى الكفايه نسبته إلى الشهره» وعلّل قول المحقق: « فلو قال: أظن أو أتوهّم، لم تسمع» بقوله: « لأن من لوازم الدعوى الصحيحه إمكان ردّ اليمين على المدعى وهو منتف، وللقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعى أو عدمه، وهو منتف هنا أيضاً» أي: لا فرق بين النكول والردّ، وحيث أن كلّاً منهما منتف هنا، يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحه. هذا توجيه منه لكلام المحقق.

قال فى (الجواهر) : « ولعدم صدق الدعوى عليه عرفاً» (۳)أى: لأن الدعوى هو الإخبار عن جزم.

قال المحقق قدّس سرّه: « وكان بعض من عاصرناه يسمعها فى التهمه ويحلّف المنكر، وهو بعيد عن شبه الدعوى» (۴).

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحلّى.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۲.
۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۱۵۳.
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۱۵۳.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۸۲.

وفی (الجواهر) عن بعضهم التفصیل بأنها تسمع فی مثل القتل والسرقه ونحوهما من الامور التی یعسر الإطلاع علیها ولا یمکن الجزم فیها بسرعه، ولا تسمع فی غیرها.

وعن (الإیضاح) (۱): إنه قویّ عدم اشتراط الجزم.

لکن عن (الریاض) (۲)الجواب عنه بأنه لم یقل به أحد من الأصحاب، بل إنهم بین قولین: اعتبار الجزم، والإکتفاء بالتهمه فی مقامها.

وقال فی (المسالک) (۳): نبّه بقوله: إیراد الدعوی بصیغه الجزم، علی أن المعتبر من الجزم عنده ما کان فی اللّفظ، بأن یجعل الصیغه جازمه، دون أن یقول: أظن أو أتوهم کذا، سواء انضمّ إلی جزمه بالصیغه جزمه بالقلب واعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، والأمر کذلک، فإن المدّعی لا ـ یشترط جزمه فی نفس الأمر، لأنه إذا کان للمدعی بیّنه یشهد له بحق وهو لا یعلم به، فله أن یدّعیه به علیه وإن لم یعلم سببه فی نفس الأمر ما هو.

أقول: کأن ثانی الشهیدین قدّس سرّه (۴)یرید أن قول المحقق: « بصیغه الجزم» وعدم قوله بالجزم القلبی، هو لأجل وجوب السماع فی هاتین الصورتین وإن لم یکن یقین قلبی، کما تجوز الشهاده بالحق استناداً إلی الإقرار وإن لم یکن یقین قلبی، وکذا المجتهد یخبر عن حکم اللّه تعالی ویفتی به تاره عن علم، وأخری بالاستناد إلی أماره، وإن لم یجزم بذلک الحکم.

۱- ۱) إیضاح الفوائد ۴: ۳۲۷ - ۳۲۸.
۲- ۲) ریاض المسائل ۱۵: ۱۶۲ - ۱۶۳.
۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۳: ۴۳۷.
۴- ۴) مسالک الأفهام ۱۳: ۴۳۸.

لكن الظّاهر من (الجواهر) (۱)استظهار أنه لما كان يمكن دعوى الجزم فى الموردين ويجب سماعها وإن لم يكن عن يقين، فإنه - إذن - يمكن دعوى الجزم فى كلّ مورد.

أقول: إن كانت استفاده صاحب (الجواهر) من كلام المحقق صحيحه، ورد عليه إشكاله بأن إظهار الجزم بالصيغه مع عدمه فى القلب كذب وتدليس، ولكن استفاده هذا المعنى منه غير تامّه، بل الحق ما ذكره صاحب (المسالك) ، وهو الظاهر من قول المحقق رحمه اللّه: « بصيغه الجزم» .

وهل الجزم شرط للسماع؟ قال به جماعه بل قيل إنه المشهور، لأن من لوازم الدعوى هو الحلف عند ردّ اليمين، ولأن الدعوى لا تصدق مع عدمه. وقال فى (الجواهر) : والتحقيق إحاله الأمر إلى العرف، وفى مورد التهمه تصدق الدعوى، ولو سلّم عدمه يصدق التشاجر والتخاصم، ومع صدق الدعوى شملتها عمومات وجوب الحكم.

ثم استشهد رحمه اللّه بالأخبار الوارده فى تهمه القصّار ونحو ذلك (۲).

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۵۳ - ۱۵۴.

۲- ۲) ذكر المحقق الآشتيانى (كتاب القضاء: ۸۸) رأى صاحب الجواهر بقوله: « وقد فصّل بعض مشايخنا فى المقام بين موارد التهمه وغيرها، فحكم بوجوب السماع وعدم الإشتراط فى الأوّل، وبعدم وجوبه والإشتراط فى الثانى» ثم ذكر تأييده ما ذهب إليه بالنصوص الوارده فى تحليف الأمين مع التّهمه، وهى: (۱) خبر بكر بن حبيب: « قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: أعطيت جبّه إلى القصّار فذهبت بزعمه. قال: إن اتّهمته فاستحلفه وإن لم تتهمه فليس عليه شىء» (۲) خبره الآخر عنه عليه السلام: « لا يضمن القصّار إلا من جنت يداه وإن اتّهمته أحلفته» (۳) خبر أبى بصير عنه عليه السلام أيضاً: « لا يضمن الصائغ ولا القصّار ولا الحائك إلاّ أن يكونوا متّهمين، فيخوف بالبينه ويستحلف لعلّه يستخرج منه شيئاً» وهذه الأخبار ونحوها تجدها فى الباب « ۲۹» من أبواب كتاب الإجاره من وسائل الشيعه. ثم إنه أجاب عن الإستدلال بهذه الأخبار بنحو ما سينقله السيد الاستاذ دام بقاه عن المحقق العراقى.

وأما استدلال صاحب (الرياض) (۱)عليه بأن الدعوى توجب التسلّط على الغير بالإلزام بالإقرار أو بالإنكار أو التغريم، وهو ضرر عليه منفى، ففيه: أنه قد يوجب عدم سماعها الضرر على المدعى.

وأما لزوم ردّ اليمين، فإن ذلك غير لازم فى موارد كثيره.

وعن المحقق العراقى قدّس سرّه (۲)الاستدلال بالأخبار الوارده فى القصّار والصّباغ، لجواز الدعوى المجهوله التى قامت الأماره على تهمه المدّعى عليه، فإن تم هذا الحمل بالنسبه إلى تلك الأخبار، فإن التمسك بالعمومات لا مانع منه، ولو شك فى تخصيصها فالأصل عدمه (۳).

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۱۶۳.

۲- ۲) كتاب القضاء.

۳- ۳) هذا، ولا بأس بذكر ملخّص عباره المستند فى بيان الأقوال فى المسأله، وهى هذه: « ذهب المحقق وجماعه إلى أنه يشترط فى الدعوى كونها بصيغه الجزم، وهو المحكى عن ابن زهره والكيدرى والتنقيح، ونسبه فى الكفايه إلى المشهور وفى المعتمد إلى الأكثر. وحكى عن الشيخ نجيب الدين ابن نما وفخر المحققين والشهيدين فى النكت والمسالك عدم الإشتراط، وهو ظاهر المحقق الأردبيلى واختاره بعض فضلائنا المعاصرين، ولكن المنقول عن الأوّل عدم الإشتراط فى التهمه، وعن المحقق الثانى عدم الإشتراط فيما يخفى عاده ويعسر الإطّلاع عليه، كالقتل والسرقه ونحوهما، والإشتراط فى نحو المعاملات، وهو ظاهر الدروس والروضه، وقيل: لعلّهم أرادوا بذلك ما ذكره ابن نما فيتّحدان، وهو ظاهر بعض مشايخنا المعاصرين، ونقل فى شرح المفاتيح عن الشهيد الثانى وابن نما القول بعدم الاشتراط مطلقاً ثم قال: وقوّى المحقق الشيخ على عدم الاشتراط فيما يخفى عاده، وظاهره تغاير القولين، ولعلّ مراد من حكم بالإتّحاد فهم « من التهمه» ما يخفى، ومن حكم بالتغاير حمل التهمه على مجرد التوهّم الذى هو أعم من الظن. وتردّد الفاضل فى القواعد والإرشاد والتحرير، وهو ظاهر الصيمرى والمفاتيح وشرحه والكفايه وإن كان كلام الأخير إلى عدم الإشتراط أميل. وقال والدى المحقق: والتحقيق عندى عدم سماع الدعوى إلا مع احتمال إقرار الخصم أو شهاده بيّنه لها أو ادعاء المدعى سماع أحدهما، والأقوى عدم الإشتراط مطلقاً» مستند الشيعه ۱۷: ۱۴۹.

وفی (المستند) (۱): إذا كانت الدعوی بحیث لا یترتّب علیها فائده فلا تسمع، مثل أن یعلم من قبل أنه لن یقرّ ولا یحلف ولا یردّ الیمین - بناءاً علی عدم الحكم بمجرّد النكول - فلا تسمع هذه الدعوی، بخلاف ما إذا علم بترتّب فائده علیها.

۱- ۱) مستند الشیعه ۱۷: ۱۵۱.

المسأله الثالثه: (فی حکم مطالبه المدعیٰ علیه بالجواب)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا تمّت الدعوی، هل یطالب المدّعی علیه بالجواب، أو یتوقّف ذلک علی التماس المدعی؟ فیه تردّد، والوجه أنه یتوقّف، لأنه حق له، فیقف علی المطالبه» (۱).

أقول: إذا حرّر المـدّعی دعواه والمـدّعی علیه حاضـر، فهل علی الحاکم أن یطالب بالجواب من المـدّعی علیه، أو لا یطالبه به إلاّ بعـد التماس المـدّعی ذلک؟ لا إشـکال فی جواز مطالبه الحاکم الجواب من المدّعی علیه وإن لم یلتمس منه المدّعی ذلک، إلاّ إذا رفع المـدّعی الیـد عن حقّه، فلاـ موضوع لمطالبه الحاکم الجواب من المـدّعی علیه، فإن لم یسـقط حقه ولکن لم یلتمس من الحاکم المطالبه بالجواب فلا یجب کـذلک، فإن التمس وجب علی الحاکم ذلک عند الأکثر، لأن ذلک مقدّمه للقضاء الواجب فیجب.

ویمکن الخدشه فی ذلک: بأنه لیس القضاء موقوفاً علی جواب المدّعی علیه فی کلّ مورد، بل للحاکم أن یطالب بإقامه البیّنه من المـدّعی، فإن أقامها حکم. هذا أوّلاً. وثانیاً: لو فرض توقف الحکم علیه، وأنه قد یقرّ بالحق، فلا حاجه إلی البینه، فما الدلیل علی وجوب تحصیل موضوع القضاء ومقدمته علی الحاکم؟

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۲.

وفی (المبسوط) (۱)ذکر فی المسأله قولین، ثانیهما: عدم التوقف، قال: إن نفس طرح الدّعوی عند الحاکم مطالبه بالجواب، وقد نقله صاحب (الجواهر) (۲)عن (المسالک) وقال: إن هذا لا ـ ینفی التوقف، واستدل فی (الجواهر) لعدم التوقف بأمرین: أحدهما: الأصل، والثانی: کون ذلک حقّاً للحاکم المنصوب لقطع الخصومات.

أقول: هل للحاکم فی مقام الدعوی حق علی المترافعین مجعول شرعاً، فیکون ذا حق علی المدّعی علیه لیطالبه بالجواب علی دعوی المدّعی؟ إن هذا مشکل، ولعلّ مراده من الحق هو الولایه والسلطنه علی المترافعین لفصل الخصومه، وهذا صحیح، لکن موضوع وجوب القضاء هو مطالبه المدعی بذلک، فإن لم یطالب، فهل یجب ذلک علی الحاکم من باب الولایه؟ لا وجه للوجوب، نعم، له ذلک لغرض فصل الخصومه وحسم النزاع.

وأما الأصل، فإن مقتضاه عدم حرمه مطالبه المدّعی علیه بالجواب.

أللهم إلا أن یرید من الأصل أن مقتضی الإطلاقات والعمومات وجوب القضاء بعد مطالبه المدّعی علیه بالجواب، ومع الشک فی شرطیه التماس المدعی من الحاکم مطالبته به، فالأصل عدمها، ویکون مرجع ذلک إلی تخصیص أدلّه وجوب القضاء، والأصل عدمه.

وکیف کان، فإنه یبقی علیه أنه إن أسقط المدعی حقّه فلا خصومه حتی ترفع، وإلاّ فإن لم یطالب بالجواب فعلاً فلا وجه لذلک بالنسبه إلی الحاکم وإن قلنا

۱- ۱) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۲۸۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۱۵۷.

بإطلاق أدلّه القضاء، فيبقى صوره التماس المدّعى، وهنا يمكن أن يقال بأن أدلّه القضاء لا تشمل هذه الصوره، بأن يحكم بعد قيام البيّنه ولا يطالب المدّعى عليه بشىء، فإن قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: «إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان» ونحوه منصرف عن مثله، لا سيّما وأن المتعارف من القضاء كونه كذلك، فإن القضاه كانوا يسألون المدّعى عليه عن رأيه فى دعوى المدّعى.

ص:۲۴۹

المسأله الرابعه: (فی حکم الدعوی علی القاضی)

قال المحقق: « لو ادّعی أحد الرعیّه علی القاضی، فإن کان هناک إمام رافعه إلیه، وإن لم یکن وکان فی غیر ولایته، رافعه إلی قاضی تلک الولایه، وإن کان فی ولایته رافعه إلی خلیفته» (۱).

أقول: إن کان النزاع فی زمن حضور الإمام، فإنه یرجع إلیه، وإن کان فی زمن الغیبه، وکان النزاع مع حاکم، فإنه یحضر عند حاکم آخر فی عرضه فی ولایته، فإن لم یکن فی الولایه ففی غیرها وإن کان ذاک الحاکم منصوباً من قبل هذا الحاکم المخاصم.

والدلیل علی سماع هذه الدّعوی إطلاقات أدلّه القضاء.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۳.

المسأله الخامسه: (فی استحباب جلوس الخصمین بین یدی الحاکم)

قال المحقق قدّس سرّه: « یستحب للخصمین أن یجلسا بین یدی الحاکم، ولو قاما بین یدیه کان جائزاً» (۱).

أقول: قال فی مفتاح الکرامه (۲): لما روی عن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم أنه قضی أن یجلس الخصمان بین یدی القاضی. وقول علی علیه السلام فیما تقدّم: « لولا أنه ذمی لجلست معه بین یدیک» وأصل البراءه وأصل الإباحه - مع ضعف السند وعدم وضوح الدلاله علی الوجوب - شواهد علی الإستحباب. ولعل السرّ أنه أقرب للتسویه، والخطاب معهما أسهل، وأمرهما أوضح.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۳.

۲- ۲) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلّامه ۱۰: ۳۵.

المقصد الثالث

اشاره

فی جواب المدّعیٰ عليه

قال المحقق قدّس سرّه: « فی جواب المدّعی علیه، وهو إما إقرار أو إنکار أو سکوت» .

أقول: جواب المـدّعی علیه للدعوی التی یقیمها المدّعی، له صور، وقد أضاف بعض الأصـحاب إلی ما ذکر المحقق صوره رابعه وهی أن یقول فی الجواب: لا أدری (1)، وأضاف آخر صوره خامسه وهی: أن یصرف الدّعوی عن نفسه

ص:253

---

1 - 1) قـال الآشتیـانی والسـید قـدس سرّهما (کتـاب القضاء: ۹۰، العروه ۳: ۴۷) إن فی عـدّ « السـکوت» جواباًمسـامحه، وفی المسالـک (۱۳: ۴۴۲) : وإنمـا جعـل السکوت جوابـاً، لأـنه إذا أصـرّ علی السکوت جعـل کـالمنکر الناکل وردّت الیمین علی المـدعی، فهو فی الحکم کالإنکـار، فکـان فی معنی الجواب. لکن قال الآشتیانی: التوجیهات التی ذکروها له من کونه فی حکم الإنکار إذا أصرّ علیه أو غیر ذلک لا تخرجه عن المسامحه، کما لا یخفی. أقول: یندفع الاشکال بأن یجعل المراد من « الجواب» هو « الموقف و « الرأی» و ما یقابل به المدّعی علیه دعوی المدّعی، فیعمّ « السـکوت» وهو اسـتعمال شائع. ثم قال الآشتیانی: إنما الإشـکال فیما ذکره شـیخنا الاسـتاذ دام ظله وفاقاً لجمع من متأخّری الأصحاب من أن هناک جواباً آخر للمدعی علیه لم یتعرّض له الأصـحاب، بـل ظاهرهم الحصـر فی المـذکورات، وهو قوله « لا أدری» فهل أدخلوه وأدرجوه فی المـذکورات أو غفلوا عنه؟ وإدراجه فی المذکورات مشکل، ونسبه الغفله إلیهم أشکل. ثم ذکر+وجوهاً فی الجواب عن هذا الإشکال، فراجعه.

ويوجّهها إلى غيره، كأن يقول فى الجواب: لست أنا طرف الدّعوى بل هو فلان.

۱ – الإقرار وجمله من أحكامه:

اشاره

قال: « أما الإقرار فيلزم إذا كان جائز التصرف» (۱).

أقول: إذا أقر المدّعى عليه، وكان إقراره مطابقاً لاعتقاده، كان المؤثر هو الإعتقاد، لأنه إذا علم بأن الشىء المترافع فيه لزيد، وجب عليه ردّه إليه عند مطالبته به، سواء أقرّ بذلك بلسانه أو لم يقرّ، وحيث كان إقراره جامعاً لشرائط الحجّيه المذكوره فى محلّها، فإنه يلزم بما أقرّ به والعمل على طبقته.

ولكن هل هذا الإقرار الحجّه يتوقّف ترتيب الأثر عليه على حكم الحاكم، أو أنه بعد تماميّه حجّيته، يترتّب عليه الأثر من قبل المدعى بلا توقف على الحكم، ولسائر الناس إلزامه من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، كما هو الحال فى الإقرار الجامع لشرائط الحجيه الذى يترتب عليه الأثر مع عدم المرافعه والتحاكم إلى الحاكم بلا خلاف؟ .

لا إشكال فى أن فصل الخصومه من آثار الحكم، فمع الحكم لا تسمع دعواه لو عدل عن إقراره أو أنكره بعدئذ، ولو كان ذلك منه قبل الحكم لسمعت دعواه، فهذا الأثر يختصّ بالحكم، وأما غير هذا الأثر من الآثار، فقد قال جماعه بأن الأحوط عدم ترتيبه حتى يحكم الحاكم، ووجه هذا الإحتياط هو: أنه كما أن فصل الخصومه متوقف على الحكم، فكذلك غيره من الآثار، إذ مع الحضور عند الحاكم والترافع لديه، يكون الأمر بيده وتتوقف الآثار كلّها على حكمه وإن قامت الحجّه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۳. !

بعـد الإـقرار للمـدعی علی أخـذ مـا یـدّعیه، فلا یبعـد أن یکون هـذا وجه الإحتیاط، وإن کان مقتضـی إطلاقات الأدلّه هو الأخذ بالحجّه وبه قال جماعه.

ویـدلّ علی حجّیه الإقرار بناء العقلاء وسـیرتهم علی الأخذ به، سواء حکم الحاکم أو لا، وقد أمضـی الشارع هذه السیره بقوله: « إقرار العقلاء علی أنفسـهم جائز» (۱)، فالإـقرار حجّه وإن لم یحکم الحـاکم، نعم، یحتمـل أن یکـون للحکم موضوعیه فی مورد النزاع، فالأحوط أن یکون ترتّب الآثار بعده.

ثم هـل البیّنه کالإـقرار أو أن حجیتهـا متوقفه علی الحکم؟ قـال غیر واحـد من الأصـحاب - بـل قیـل: إنه المشـهور - بالفرق بین الأمرین (۲)وأن الإـقرار حجه وتترتب علیه الآثـار - عـدا مـا یختص منهـا بالحکـم - بخلاف البیّنه فلا یترتب علیها أثر مطلقاً، فلا یجوز له التصـرّف فی المال ما لم یحکم الحاکم، فالبیّنه حجه بعد الحکم فی مقام المرافعه إلی الحاکم، وأما مع عدم الترافع إلیه وقیامها فهی حجه والأثر مترتب علیها.

وقیل: لا فرق بین الإقرار والبیّنه، فکما أن الإقرار حجّه وللمقرّ له التصرف فی المال وترتیب الأثر وکذا لغیره بإذنه، فکذلک البیّنه بعد قیامها. نعم، یتوقف قطع النزاع علی حکم الحاکم، ویکون أثره عدم سماع الدّعوی بعد ذلک، فإن کانت

۱- ۱) قال فی وسائل الشیعه ۲۳: ۱۸۴/۲، الباب ۳: « وروی جماعه من علمائنا فی کتب الاسـتدلال عن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم أنه قال: إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» .

۲- ۲) وقد وقع البحث والکلام بینهم حول الوجوه التی ذکروها للفرق بینهما وما یترتب علی ذلک من ثمره، وربما بنی الخلاف فی المقام علی الخلاف فی حجیه البیّنه، فعلی القول بعـدم حجیه البیّنه إلا للحاکم، توقّف ثبوت الحق علی حکم بخلاف الإقرار، وعلی القول بعموم حجیتها لم یتوقف کالإقرار. وإن شئت التفصیل فراجع الکتب الاستدلالیه المفصله.

حجّيه البيّنه متوقفه فى مقام التخاصم على حكم الحاكم، فكذلك الإقرار، من دون فرق بينهما.

ثم، هـل الإقرار تتقـدر حجيّته بمقـدار ضـرر المقرّ أو أنه كالبينه فى الطريقيه إلى إثبات حق المقرّ له؟ مثلًا: إذا أقرّ بأن لزيـد على ذمّته كذا من الدراهم، يكون إقراره حجه، وأما إذا أقرّ بالنسبه إلى عين خارجيّه بأنها لزيد، فهل يفيد عدم كونها له فقط، أو يفيد مع ذلك كون العين لزيد أيضاً، فيكون الإقرار طريقاً إلى مالكيّه زيد لتلك العين كالبيّنه؟ وجهان.

قد يقال بالأوّل، لأن ذلك حدّ دليل حجيّه الإقرار وهو « إقرار العقلاء على أنفسـهم جائز» ، وأما كون الشيء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بـل يحتـاج إلى دليـل آخر، بخلاف البيّنه، فإن مفاد دليل حجيتها – وهو: « إنما أقضـى بينكم بالبيّنات والأيمان» – كون الشيء لمن أقامها فضلًا عن دلالته على عدم كونه للمنكر.

أقول: والوجه الثانى غير بعيد، فإنه لمّا يقرّ بكون الشـيء لزيد، يلزم بما أقرّ به – خصوصاً بعد حكم الحاكم – وكون الشـيء لزيد هو من مصاديق ضـرر المقرّ كـذلك، فلا فرق بين البينه والإقرار من هـذه الجهه، وإنما ينشأ الإشـكال فيما ذكرنا بناءاً على القول بانحلال الإقرار إلى أمرين: (أحـدهما) عـدم كون المقرّ فيه للمقرّ، و (الآخر) كونه للمقرّ له، فيقال بكونه حجه فى الأوّل فقط – وهو عـدم الملكيّه – لأنه مقـدار الضـرر. ولكن لا وجه لهذا المعنى، بل إن نفس ملكيه زيد للشـئ المقرّ فيه من مصاديق الضـرر، فيشمله « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

وكذلك لا فرق بين الإقرار والبيّنه فى سـماع دعوى ثالث لذلك الشيء الذى تنازعا فيه، لأن حكم الحاكم يفصل الخصومه بين المترافعين، فلا تسمع دعوى أحدهما بعد صدور الحكم من الحاكم فى ذلك النزاع، أما بالنسبه إلى دعوى ثالث

مالكيّه ما أخـذه المقرّ له أو مقيم البينه، فلا يقتضـى الحكم عدم سـماعها، لأنها دعوى جديده يجب سـماعها والنظر فيها بحسـب الموازين الشرعيّه.

وأمـا اليمين، فليس لهـا حجّيه شـرعيّه بالنسـبه إلى غير الحـاكم، فليست كالبيّنه والإقرار فى ترتب آثار الحجّيه، بل إن الآثار كلّها تترتب عليها بالحكم (١).

هل يحكم عليه من دون مسأله المدعى؟

قال المحقق قدّس سرّه: « وهل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى؟ قيل: لا، لأنه حق له، فلا يستوفى إلّا بمسألته» (٢).

أقول: وهل يحكم الحاكم على المقرّ قبل مطالبه المقرّ له بالحكم؟

لا إشكال فى جواز الحكم مع مسأله المدعى، بل قد يجب، كما إذا توقف استيفاء الحق على حكمه، بل لا يبعد الوجوب وإن لم يتوقف عليه، لأن الحكم من شأن الحاكم ووظيفته بعد الإقرار والمطالبه.

وأما الحكم من دون مطالبه المدعى ففيه قولان، فعن (المبسوط) (٣): ليس للحاكم الحكم قبل التماس المدعى.

وظاهره الحرمه.

قال: لأنه حق للمدّعى فلا يستوفى إلّا بمسألته.

أى: فلاـ يجوز إصـدار الحكم قبلهـا أو مع منعه. ولكن هـذا التعليـل غير تـام، لأـن كونه حقاً لا ينافى أن لا يكون أداء هـذا الحق موقوفاً على إذنه أو مطالبته، ولا

١- ١) فى المسأله أقوال: فقيل: هى كالبينه، وقيل: هى كالإقرار وقيل: هى شىء ثالث، وعلى الأوّل هى كالبينه على الإطلاق حتى بالنسبه إلى الثالث أو لا؟ تعرض المحقق الآشتيانى للمسأله بالتفصيل.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ٨٣.

٣- ٣) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٥٨.

يستلزم أن يكون حراماً بدون ذلك.

فالصحيح هو الرجوع إلى الأدلّه أو الأصول، وحيث لا دليل فى المسأله، فإن الأصل مع الشک فى الحرمه هو عدم الحرمه، ومع الشک فى الوجوب فهو عدم الوجوب، إلاـ أن يستفاد الوجوب من إطلاقات أدلّه الحکم والقضاء، فمقتضى الأصل هو جواز الحکم من دون مسأله المدعى. هذا من الناحيه التکليفيه، وأما وضعاً، فالأصل مع الشک هو عدم نفوذ هذا الحکم، لکن ظاهر مقبوله عمر بن حنظله « فإذا حکم بحکمنا فلم يقبل منه. . .» هو الإطلاق، فليس الحکم مقيّداً بالمطالبه والمسأله من المدعى.

هذا، مع أن الحکم قد يکون حقاً للمنکر، کما إذا لم يقم المدعى البيّنه فيحلف المدّعى عليه، فإن الحکم حينئذ حق للمدّعى عليه لا للمدّعى، نعم، يجوز لمن کان حقاً له أن لا يطالب بحقّه أو يسقطه إن کان قابلاً له.

إذن، يمکن القول بجواز الحکم مع عدم المطالبه، إلا أن يقال بوجوبه حينئذ أيضاً، تمسّکاً بإطلاقات الآيات والروايات فيقال بأن الحکم وظيفه الحاکم بعد تماميّه المقدمات، سواء سئل بذلک أو لا، وأما مع المطالبه فالحکم واجب بلا کلام.

قال: « وصوره الحکم أن يقول: ألزمتک. . .» .

أقول: کلّ لفظ ظاهر فى الحکم صدر بقصد الإنشاء فهو الحکم، وأمّا « ثبت عندى» ونحوه، فليس صوره له، لعدم ظهوره فيه.

وهل يتحقق الحکم بالفعل بقصد الإنشاء؟ قيل: نعم، وهو مشکل، لعدم تحقق الحکم بالفعل عند أهل العرف، وشمول الإطلاقات له غير معلوم.

حکم کتابه الإقرار:

قال: « ولو التمس أن يکتب له بالإقرار لم يکتب حتى يعلم اسمه

ونسبه. . .» (۱).

أقول: وحيث حكم، فهل يجب عليه كتابه الحكم مطلقاً أو فى صوره الإلتماس أو لا يجب؟ قيل: يجب، لأن الكتابه من تبعات الحكم ولواحقه، فيجب كتابه الحكم حتى يبقى ولا ينكر أو ينسى، ولأنه إن لم يكتب لضاع حق المقرّ له، وقيل: لا يجب، لأن الذى يفصل الخصومه ويقطع النزاع هو الحكم، وأما الكتابه فهى من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، لا من آثار الحكم ولواحقه، وحيث كان من باب الأمر بالمعروف لغرض استيفاء الحق وإنقاذه، فإن هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضاً، فلا تجب الكتابه.

وقيل: تحرم الكتابه، لأنها قد تكون إعانه على الإثم، كما إذا أخذ الشخص الكتابه إلى حاكم جور، فكانت سبب الظلم لأحد، أو ارتكاب محرّم من قبل الحاكم الجائر، فتكون إعانه على الإثم الصادر منه.

وفصّل بعضهم بأنه إن كان إحقاق حق المقرّ له متوقفاً على الكتابه وجبت وإلاّ فلا.

وعلى القول بوجوب الكتابه، فلا يجوز له أخذ الاُجره عليها، بناء على عدم جواز أخذ الاُجره على الواجبات، وهو جائز له بناء على عدم وجوبها عليه، وحيث لا يجوز له أخذ الاُجره، فإنه لا يجوز له أخذ شىء فى مقابل الدواه والقرطاس أيضاً، فظهر أن الحكم هنا يتفرّع على الحكم فى الفرع السابق.

هذا، ولو قصّر فى تطبيق القواعد والأحكام أو خالف فى شىء منها، فإنه لا أثر لحكمه حينئذ ولا نفوذ، وإن كان حكمه حقاً، لقوله عليه السلام «. . . ورجل

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۳.

قضی بالحق وهو لا یعلم فهو فی النار. . .» (۱)إذ من الواضح أنه لا ینفذ حکم من کان من أهل النار، ولعل السرّ فی ذلک: أن الحکم له جهه تعبدیه، ویعتبر فیه قصد القربه، وأن یکون علی طبق الأحکام والقواعد المقرره لذلک من قبل الشارع، فإن لم یکن کذلک أو کان بالمقدّمات المحرّمه لم ینفذ ألبته، وعلیه، فلو حکم بالحق ریاء أو طلباً لرضا أحد من المخلوقین لم ینفذ حکمه.

ویحتمل أن یکون السرّ فی ذلک: اشتراط نفوذ الحکم بکونه صادراً عن المقدّمات الصحیحه والمشروعه، فمع انتفاء الشرط ینتفی المشروط.

ولو شک فی کون إصدار الحکم واجباً تعبدیّاً أو توصّلیاً، فإن الأصل فی الواجبات هو التعبدیّه. . . وسیأتی مزید تحقیق لهذه المسأله إن شاء اللّه تعالی.

هذا، ولو أجاب الحاکم المدعی بکتابه الإقرار والحکم، لم یکتب حتی یعلم اسمه ونسبه، أو یشهد علی الاسم والنسب شاهدا عدل، حتی یأمن الحاکم بذلک من التدلیس بجعل الحکومه بالإقرار أو الشهاده به لغیر من وقع، وقد اتفق حصول هذا التزویر فی زماننا من بعض المزوّره، إذ حضر رجلان عند فقیه ورع - وهو مکفوف البصر - وذکروا عنده أن فلاناً حاضر عندکم یقرّ بأنه قد باع داره لفلان ونحن شهود علی ذلک، فکتب الفقیه المذکور بذلک، ثم ظهر أنه کان تزویراً من الرجلین، وقد أدّی الأمر إلی النزاع والخصومه. . . إذن، یشترط أن یکون الحاکم عارفاً للشخص من حیث اسمه ونسبه، وإلاّ فیشترط شهاده شاهدین عادلین.

قال المحقق: « ولو شهد علیه بالحلیه جاز ولم یفتقر إلی معرفه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۲/۶. أبواب صفات القاضی، الباب ۴.

النسب. . .» (١).

أقول: وهل يغنى ذكر أوصافه وملامحه الذاتيه عن ذكر الاسم والنسب؟ قال المحقق: نعم، لكن فى (الجواهر) عن (السرائر) الإشكال فيه، إلا أن عباره السرائر تدلّ على خلاف ذلك. فليراجع (٢).

وكيف كان، فما ذكره المحقق قدّس سرّه هو الأظهر، لكن يجب ذكر الحليه بحيث يأمن معه من الاشتباه والتزوير.

هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟

وكيف كان، فإن امتثل المحكوم عليه حكم الحاكم فهو، وإن امتنع من أداء

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨٣.

٢- ٢) وهذا نص عباره السرائر: « وإذا أقرّ إنسان لغيره بمال عند حاكم، فسأل المقرّ له الحاكم أن يثبت إقراره عنده، قال شيخنا أبو جعفر فى نهايته: لم يجز له ذلك إلا أن يكون عارفاً بالمقر بعينه واسمه ونسبه، أو يأتى المقر له ببينه عادله على أن الذى أقر هو فلان ابن فلان بعينه واسمه ونسبه، لأنه لا يأمن أن يكون نفسان قد تواطآ على انتحال اسم إنسان غائب واسم أبيه والانتساب إلى آبائه ليقرّ أحدهما لصاحبه بمال ليس له أصل، فإذا أثبت الحاكم ذلك على غير بصيره كان مخطئا مغرراً. وقال فى مسائل خلافه: مسأله: إذا حضر خصمان عند القاصى، فادّعى أحدهما على الآخر مالاً فأقرّ له بذلك، فسأل المقرّ له القاضى أن يكتب له بذلك محضراً والقاضى لا يعرفهما، ذكر أصحابنا أنه لا يجوز له أن يكتب، لأنه يجوز أن يكونا استعارا نسباً باطلاً وتواطآ على ذلك، وبه قال ابن جرير الطبرى، وقال جميع الفقهاء: إنه يكتب ويحليهما بحلاهما التامه ويضبط ذلك. قال رحمه اللّه: والذى عندى أنه لا يمتنع ما قاله الفقهاء، فإن الضبط بالحليه يمنع من استعاره النسب، فإنه لا يكاد يتفق ذلك. ثم قال رحمه اللّه: والذى قاله بعض أصحابنا يحمل على أنه لا يجوز أن يكتب ويقتصر على ذكر نسبهما، فإن ذلك يمكن استعارته، قال رحمه اللّه: وليس فى ذلك نص مسند عن أصحابنا يرجع إليه. قال محمد بن إدريس مصنّف هذا الكتاب: الذى ذكره وذهب إليه شيخنا فى مسائل خلافه هو الذى أقول به وأعمل عليه ويقوى فى نفسى، وهذا يبين لك أيها المسترشد أنه قد يذكر فى نهايته شيئا لا يعمل ولا يرجع فيه إلى خبر مسند يعتمد عليه ويرجع إليه. . .» . كتاب السّرائر ٢: ١۶٢.

الحق أجبره الحاكم أو سائر الناس على الأداء، من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وللغريم أن يغلظ له القول ويخاطبه بما يكرهه فى حدود الشرع، ولو لم يفد ذلك كلّه حبسه الحاكم بالتماس الغريم، لقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم فى الخبر الضعيف المنجبر بعمل الأصحاب - « ليّ الواجد بالدين يحلّ عرضه وعقوبته ما لم يكن دينه فيما يكره اللّه عز وجل» (۱)لكن العقوبه فيه مطلقه، فالظاهر إناطتها بنظر الحاكم، إلاّ أن فى جواز حبسه لذلك نص خاص، ففى الموثق: عن أبى عبد اللّه عليه السلام: « إن عليّاً عليه السلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسّم ماله بينهم بالحصص» (۲).

وفى هذا الحبس احتمالات، فيحتمل أن يكون عقوبه للمماطله السابقه منه، وأن يكون تحذيراً له عن المماطله فيما يستقبل، وأن يكون لغرض حمله على الإعتراف بما يملكه من الأموال، ويدلّ الخبر المذكور على أنه بعد الحبس يؤمر الغريم أوّلاً بأداء الحق، بأن يقسم أمواله بين الغرماء بالحصص، فإن أبى فعلى الإمام ذلك بعد بيع ماله، وفى خبر السكونى: « إن علياً عليه السلام كان يحبس فى الدين ثم ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: إصنعوا به ما شئتم، إن شئتم واجروه، وإن شئتم استعملوه» (۳).

بل عن الشيخين فى المقنعه والتهذيب مرسلًا: « قال الصادق عليه السلام لقوم من أصحابه: إنه قد حقّ لى أن آخذ البرئ منكم بالسقيم، وكيف لا يحق لى وأنتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح فلا تنكرون عليه ولا تهجرونه ولا تؤذونه

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸: ۳۳۳ ۴. أبواب الدين، الباب ۸.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸: ۴۱۶/۱. أبواب القسمه، الباب ۶.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۸: ۴۱۸/۳. باب حبس المديون ۷.

حتی یترک» (۱)فهـذا یفیـد جواز الإیـذاء من باب الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر، إلّا أنه لم یذکر حدّه فی الروایات، فیرجع ذلک إلی نظر الحاکم.

فالحاصل: إنه یلزم أن تکون أحکام القضاه وعقوباتهم مطابقه للأدلّه الشرعیه والموازین المقرره الإلهیّه، فما تداول فی هذه الأیام من بعضـهم من الحکم بالسـجن ودفع کـذا من المـال فی بعض الموارد حکم بـل دلیـل، وکـذا مصـادره الأـموال، فإنه لم یجعل الشارع هذه العقوبه علی جرم فی الشریعه المقدسه، ولو علم بوجود أموال مغصوبه فی أموال أحد، فاللّازم استرداد ذلک المقدار فقط ودفعه إلی صاحبه أو إلی ورثته، لا أن یجعل فی صندوق المستضعفین، أو یتصرف فیه الحاکم أو غیره تصرفات أخری.

حکم ما لو ادعی الإعسار:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعی الإعسار. . .» .

أقول: أی لو أقرّ بالحق ثم ادعی الإعسار، فإن اسـتبان فقره وعلم صدق دعواه أنظره، لقوله تعالی: «وَ إِنْ کٰانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلیٰ مَیْسَرَهٍ» (۲)وللموثق الآتی ذکره وغیره.

قال: « وفی تسلیمه إلی غرمائه لیستعملوه أو یؤاجروه روایتان. . .» (۳).

أقول: قـال فی (الجواهر) (۴): أشـهرهما عملًا وأصـحّهما سـنداً وأکثرهما عدداً وأوفقهما بالأصل والکتاب روایه الإنظار، یعنی الموثقه: « إن علیاً علیه السلام

ص:۲۶۳

۱- ۱) تهذیب الأحکام ۶: ۱۸۱/۳۷۵.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۲۸۰.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۸۴.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۰: ۱۶۵.

كان يحبس فى الدين، فإذا تبين له حاجه وإفلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالاً» (۱).

وروايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: «إن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه وقال: إن مع العسر يسراً» (۲).

ومراده من الأصل هو أنه مع الشك فى وجوب أن يصير أجيراً أو يسلّم نفسه ليؤاجروه حتى يؤدى دينه، فالأصل عدم الوجوب.

والمراد من الكتاب الآيه الشريفه المذكوره آنفاً.

والروايه الاخرى ما رواه السكونى: «إن علياً عليه السلام كان يحبس فى الدين ثم ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: إصنعوا به ما شئتم، إن شئتم واجروه وإن شئتم استعملوه» (۳).

لكن الشيخ قدّس سرّه عمل فى (النهايه) (۴)بروايه السكونى، وعن ابن حمزه التفصيل بين ما إذا كان يتمكّن من العمل فيستعمل، وما إذا كان عاجزاً عن العمل فينظر حتى حصول الميسره.

وقد رجّح صاحب (الجواهر) (۵)الروايه الأولى على الثانيه، لموافقتها للكتاب، وقيل: إن روايه السكونى غير مخالفه للكتاب حتى ترجّح الأولى عليها،

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸: ۴۱۸/۱. باب حبس المديون ۷.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸: ۴۱۸/۲. باب حبس المديون ۷.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۸: ۴۱۸/۳. باب حبس المديون ۷.

۴- ۴) النهايه فى مجرّد الفتوى: ۳۵۲/۱۶.

۵- ۵) جواهر الكلام ۴۰: ۱۶۵ - ۱۶۶.

لأن المتمكن من العمل ليس معسراً، وبهذا المعنى صرح العلّامه فى (المختلف) (۱)، ولذا لا يستحق الزكاه لأنه واجد للمال بالقوّه.

أقول: إن كان لفظ « المعسر» ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال فعلاً، سواء تمكن من تحصيله بسهوله أو لا، وافقت الروايه الأولى لظاهر الكتاب، وإن ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال ولو بالقوّه، لم توافقه، والظاهر أن « المعسر» هو الذى ليس عنده مال ولا يمكنه تحصيله، لأن أكثر الناس يحصّلون مؤنتهم عن طريق العمل وإجاره أنفسهم فى مختلف الصنائع والحرف والأشغال. . . لكن روايه السكونى تخالف الكتاب من جهه أخرى، وذلك أنها تدلّ على تسليمه إلى الغرماء، وليس فى الكتاب دلاله على ذلك.

ويحتمل أن تكون روايه السكونى موافقه للأصل، فإنه إذا كان مال المدين أقلّ من حقوق الغرماء أو مساوياً لها، منعه الحاكم عن التصرف فى ماله مع مطالبه الغرماء لحقوقهم، لأن تصرّفه فى ماله يوجب الضرر فى حقوق أولئك إلا أن يأذنوا بذلك، فلو كان المدين ذا صنعه وحرفه لها ماليّه يبذل بأزائها المال، والغرماء يطالبون بحقوقهم، كان على الحاكم أن يمنعه من العمل لنفسه وتسليمه إلى الغرماء ليستعملوه حتى يستوفوا حقوقهم عن طريق استعماله وتشغيله - كما يمنعه ويحجره عن التصرف فى أعيان أمواله - لأن المفروض ماليّه عمله، فتكون روايه السكونى غير مخالفه للأصل، إذ الأصل وجوب حفظ حق الناس كيفما أمكن، والمنع عن تضييعه والسعى وراء وصوله إليهم.

نعم، لا يجوز حمل المدين على عمل حرجى، أو إجباره على تحصيل المال

۱- ۱) مختلف الشيعه فى أحكام الشريعه ۸: ۴۷۱ - ۴۷۲.

عن طريق غير متعارف، كأن تؤمر المرأه بالتزوج لتأخذ المهر وتقضى الديون، أو يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه ونحو ذلك.

وبما ذكرنا يجمع بين الروايتين، بأن من كان ذا صنعه وحرفه يستعمل ويحسب عمله عوضاً عن ديونه، نظير من عمل فى بناء المسجد مدّه وطلب من الفقيه أن يحسب عمله بدلاً عن مبلغ معيّن من سهم الإمام عليه السلام فى ذمّته، ومن لم يكن كذلك ولا يتمكن من عمل مشروع مطابق لشأنه فإنه ينظر حتى حصول الميسره.

هل يحبس حتى يتبين حاله؟

قال المحقق: « وهل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر فى باب الفلس» (۱).

أقول: لو أقرّ بالحق وادّعى الإعسار وجهل حاله، ففى المسأله صور أربع:

الصوره الأولى: أن يكون حالته السابقه الإعسار، والدائن يصدّقه فى ذلك، لكنه يدّعى يساره الآن، والمدين يدّعى بقاء حاله الإعسار.

الصوره الثانيه: أن يقرّ بالدين وباليسار سابقاً، أو وجود مال الدائن عنده إن كان أصل الدعوى مالاً، لكن يدعى الإعسار الآن، فيقول له الدائن: أنت على يسارك السابق، أو أن مالى موجود عندك الآن.

الصوره الثالثه: الجهل بحالته السابقه.

الصوره الرابعه: أن يكون سابقاً معسراً تاره وواجداً أخرى.

وتفصيل الكلام فى الصوره الأولى: إنه فى هذه الصوره يجب على الدائن

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۴.

الـذی یـدعی یسار المـدین إقامه البینه علی دعواه، لأن قول مدعی الإعسار هو الموافق للأصل، فإن أقام البیّنه حکم علی المدین بـدفع المـال وأداء الحق، ولاـ معنی للإنظـار، وإن أبی حبس، وإن لم یقم البینه أحلف مـدّعی الإعسـار، فإن حلف اُنظر، وإن ردّ الیمین علی من یـدعی الیسـار أحلف، فـإن حلف حکم علی المـدین بـأداء الحق، فإن أدّی فهو وإلّا حبس، وإن امتنع عن الیمین فقیل: إنه مع ردّ الیمین علی المدعی ونکوله، یکون النکول سـبباً للحکم بضرره، لأن النکول عن الیمین المردوده هو بمثابه یمین المـدّعی علیه، وقیل: النکول لا یوجب ذلک وتبقی الـدعوی مجمله، والمرجع فی صوره إجمال الـدعوی - فی غیر مسألتنا - هو الاصول والقواعد، أما فی هذه الصوره فی محلّ الکلام، فالمرجع هو قوله تعالی: «وَ إِنْ کٰانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلىٰ مَيْسَرَهٍ» (١)فإنها تدلّ علی أن وجوب الإنظار مشروط بکونه معسـراً، أی إن للدائن مطالبه حقه من المدین إلّا فی حال کونه ذا عسره، فإن أحرز الشـرط ترتّب حکم وجوب الإنظـار، ومع الشک فلا یحکم بوجوبه، فله المطالبه بحقه وأن یطلب من الحاکم حبسه إن امتنع عن أدائه.

ولو أقـام مـدعی الإعسـار البینه علی ذلـک، قـال بعض الأصـحاب بحجیه تلـک البینه، بنـاء علی إطلاق قوله صـلّی اللّه علیه وآله وسـلّم: « إنمـا أقضـی بینکم بالبیّنـات والأیمـان» ، وقیل: لا تقبل منه البینه لأنه منکر، لقوله علیه الصـلاه والسـلام: « البینه علی من ادّعی والیمیـن علی من أنکر» (٢)وسـیأتی تحقیق المسـأله فی محلّهـا إن شاء اللّه تعالی، وعلی الأوّل، فهل یحتاج إلی ضمّ الیمین إلی البینه؟ قیل: لا، لأن

١- ١) سوره البقره ٢: ٢٨٠.

٢- ٢) وسائل الشیعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب کیفیه الحکم، الباب ٢۵. فی حدیث فدک عن تفسیر علی بن إبراهیم القمی.

البيّنه حجه تامه، وقيل: نعم، لأن البيّنه على النفى ليست بحجه، فلابدّ من ضم اليمين إليها.

٢ – الإنكار وجمله من أحكامه:

اشاره

قال المحقق: « وأما الإنكار، فإذا قال: لا حق له على، فإن كان المدعى يعلم أنه موضع المطالبه بالبيّنه، فالحاكم بالخيار، إن شاء قال للمدعى: ألك بيّنه؟ وإن شاء سكت، أما إذا كان المدعى لا يعلم أنه موضع المطالبه بالبينه، وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فإن لم تكن له بينه عرّفه الحاكم أن له اليمين، ولا ـ يحلف المدّعى عليه إلاّ ـ بعد سؤال المدعى، لأنه حق له، فيتوقف استيفاؤه على المطالبه» (١).

أقول: حاصل ما ذكره قدّس سرّه أنه إن طرح المدّعى دعواه عند الحاكم وقال المدّعى عليه: لا حق له على، فالمدّعى إمّا لا يعلم بأن عليه إقامه البيّنه على ما يدّعيه، فحينئذ يطالبه الحاكم بإقامتها، وإما يعلم فلا يجب على الحاكم أن يطلب منه ذلك، فإن لم يكن عنده بيّنه على دعواه أو لم يقمها، أعلمه الحاكم بأن له استحلاف المدّعى عليه المنكر لدعواه، لأن ترتب الأثر على يمين المدّعى عليه مشروط باستحلافه إيّاه، فلو حلف بدونه لم يترتب عليه أثر، وكذا لو استحلفه المدّعى ولم يحلّفه الحاكم، أو أحلفه الحاكم بدون استحلاف المدّعى، فترتّب الأثر على يمين المدّعى عليه يتوقف على كلا الأمرين: استحلاف المدّعى وإحلاف الحاكم إيّاه بعد ذلك بإذن المدّعى.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨۴.

وهل المراد من قوله: « ولا يحلف المـدّعى عليه إلاّ بعـد سؤال المـدّعى» وأن الحاكم لا يحلّفه إلا بعد إذنه، هو الأثر التكليفى أو الوضـعى؟ أما تكليفاً فلا أثر لليمين الواقعه بدون أحد الأمرين، لأنها حينئذ لغو، بل قد يقال بحرمتها، للنهى عن ذلك فى الكتاب حيث قـال عزّ وجـل: «وَ لاٰ تَجْعَلُوا اَللّٰهَ عُرْضَةً لِأَيْمٰانِكُمْ» (١)، هـذا بالنسبه إلى المدّعى عليه، وأما الحاكم، فإن قلنا بحرمه الحلف على المدّعى عليه لما ذكرنا، حرم على الحاكم إحلافه، لأنه يأمره بالمعصيه حينئذ.

وأما وضعاً، فلا يترتّب على هذه اليمين أثر، وهذا هو المراد من قول المحقق قدّس سرّه:

« ولو تبرّع هو أو تبرّع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين، وأعادها الحاكم إن التمس المدّعى» (٢).

ولقـد استدلوا لعـدم تـأثيره وضـعاً بـأن: إحلاف المـدّعى عليه حق للمـدّعى، وما لم يأذن صاحب الحق بـذلك لم يكن للحاكم إحلافه، لتوقّف استيفاء حق المدّعى على مطالبته.

وفيه تأمّل، لأن مجرّد كون ذلك حقاً للمدعى، لا يمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشـرعيه وهو فصل الخصومه بين المتنازعين بعد تحاكمهمـا إليـه، فـإنه بعـد التحـاكم إليـه يجـب عليـه النظر فى القضـيه بحسـب المـوازين الشـرعيه، لغرض قطع النزاع مـن بين المتخاصـمين، فلا يمكن المساعـده على القول بعـدم ترتب الأثر على حكم الحاكم الصادر بعـد إحلافه المدّعى عليه بدون إذن المدعى، بالاستناد إلى

١- ١) سوره البقره ٢: ٢٢۴.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ٨۴.

مجرد كون الحلف حقاً للمدّعى، بل قضيّه إطلاقات أدلّه الحكم والقضاء كتاباً وسنه هو نفوذ حكمه ووجوب امتثاله وإن كان صادراً بدون إذن المدّعى، ولا مجال لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد.

فالحاصل: كونه حقاً للمدّعى، لا يكون دليلاً على عدم جواز حكم الحاكم وعدم نفوذ الحكم الصادر بدون مطالبه المدّعى باستيفاء حقه فى إحلاف المدّعى عليه.

كما أن هذا الحق لا يجوّز له منع المدّعى عليه من الحلف إن أراد أن يحلف، بل هو كحق الدائن على المدين، حيث لا يجوز له أن يمنعه عن أداء الدين إليه إلاّ بقصد إسقاط حقّه وإبراء ذمّته، أو بقصد التنازل عن حقّه والعدول عن مطالبته فيما نحن فيه، وأما بقصد إبقاء النزاع والخصومه فلا.

وقد اعترض فى (الجواهر) على استدلالهم بما ذكر، بأن ذلك يقتضى عدم تحليفه مع عدم رضاه، لا عدمه مطلقاً حتى مع قيام شاهد الحال، وذلك، لأن الحق كالمال، فكما يجوز بعض التصرف فى مال الغير برضاه ولو بشاهد الحال، فكذلك الحق، ولا يلزم الإذن الصريح منه بالحق، وعليه، فإن مجيئه بالخصم إلى الحاكم وطرح الدّعوى عنده، يكفى شاهداً على رضاه بإحلاف المدّعى عليه والحكم فى القضيه.

ومن هنا قال فى (الجواهر) (۱): فالأولى الإستدلال لذلك - بعد الإجماع - بظاهر النصوص الآتيه فى اشتراط الرضا الذى لابدّ من العلم به، وشاهد الحال إنما يفيد الظن، فتأمّل.

ص:۲۷۰

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۷۱.

أقول: إذن، لابدّ من النظر فى الأخبار، وقد وجدنا هذه الأخبار دالّه على لزوم الإستحلاف، ثم إذا حلف ذهبت اليمين بحقه، فهذه الأخبار حيث ورد فيها الاستحلاف تكون بمنزله الشارح لإطلاقات « البينه على من ادّعى واليمين على من أنكر» أو المبيّن لإجمالها، إذ تضمّنت كيفيه اليمين وأن المدّعى يستحلف المنكر، فلو فرض عدم دلاله الأخبار على تأثير اليمين بدون استحلاف المدّعى، فلا ريب فى أن القدر المتيقن من مدلولها كون يمين المنكر بمطالبه المدعى.

وبهذا البيان يتمّ دلاله هذه الأخبار بظاهرها على ما ذهب إليه الأصحاب، ويكون ما نحن فيه نظير المعاملات، فإن العلم برضا صاحب المال ببيع ماله لا يكفى لجوازه، بل لابدّ من إظهار رضاه الباطن والتصريح به. ولعل السرّ فى ذلك أنه كثيراً مّا يندم البائع عن بيع متاعه، فمع التصريح بالإذن والرضا لا يؤثّر ندمه، بخلاف ما إذا أُريد الاعتماد على رضاه، فيمكنه إنكار الرضا أصلًا، ولا طريق إلى إثبات الرضا الباطنى، وهنا كذلك، فإنه إذا قال له « إحلف» لم يبق له مجال بعدئذ للإنكار، بخلاف ما إذا أُريد الاستناد إلى الرضا.

فحاصل المستفاد من الأخبار: أن لإستحلاف المنكر موضوعيّه فى قبول حكم الحاكم فى تلك القضيّه.

هذا، وليس فى الروايات أن يقول المدّعى للحاكم: أحلفه، بل فيها أنه يستحلف المنكر، بل فى بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر: احلف، فما الدليل على أن استحلافه إيّاه هو أن يقول للحاكم: حلّفه؟ وأن على الحاكم الإستيذان منه فى إحلاف المنكر؟ وحيث لا دلاله فى الأخبار على اشتراط الإذن، فما هو وجه القول بعدم الإعتداد بيمين المنكر مع عدم إذن المدّعى؟ ثم إنه إذا أحلفه فى حضور الحاكم وحلف، فما الدليل على عدم صدق الاستحلاف عليه؟ وهل المراد من

الإستحلاف استدعاؤه من الحاكم إحلافه؟

اللهم إلّا أن يكون الـدليل هو الإجماع، وأن سيره المسـلمين منـذ صدر الإسـلام حتى الآن هی علی إحلاف الحاكم المنكر بعد مطالبه المـدعی، وإلّا فإن المسـتفاد من الروايات هو ما ذكرناه، بل قيل: إنه يعتـدّ بيمينه الواقعه بعـد التماس المدّعی وإن لم يكن فی محضـر الحاكم، وهو مقتضـی إطلاق معتبره ابن أبی يعفور: « إذا رضی صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله، ذهبت اليمين بحق المدّعی فلا دعوی له. قلت له: وإن كانت عليه بيّنه عادله؟ قال عليه السلام: نعم. . .» (۱).

لكن الظـاهر أنهـا محموله علی المعهود المتـداول بين المسـلمين فی كيفيه حـلّ النزاع بينهمـا، فـإن المتخاصـمين يتحاكمان إلی الحـاكم ويفوّضـان الأـمر إليـه، فتجری فی مجلسـه جميـع المقـدّمات بـإذنه وتحت نظره، ثم يحكم فی الـواقعه بحسب المـوازين المقرره فی الشـرع، فلاـ إطلاـق لهـا إذاً، ويشـهد بمـا ذكرنا أن فی الروايه: « قلت: وإن كانت له عليه بيّنه عادله؟» أی: هل اليمين تـذهب بحقّه وإن كـانت له عليه بينه؟ لأـنه قـد يتفق غيـاب البينه وهمـا مسـتعجلان فی فصـل خصومتهما، فيحلف المـدّعی عليه المنكر ثم يحضـر الشاهـدان، فـإن المراد من البينه هنا هی البيّنه التی تقام عنـد الحاكم كما هو واضـح، وبقرينه المقابله بين هـذه البينه واليمين، يعلم أن المراد من اليمين فی الخبر هی يمين المنكر عند الحاكم.

ثم إن الإجماع المدّعی علی لزوم إذن المدعی فی يمين المنكر، مسـتند إلی فهم الأصحاب اشتراط ذلك من بعض الروايات، أو إلی السيره المستمره التی

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۴/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۹.

ذكرناها، وأمّا كونه إجماعاً تعبديّاً غير مدركى فبعيد جدّاً، والأظهر استناده إلى السيره المستمره القائمه على كون أمر المترافعين بيد الحاكم بعد التحاكم إليه، وأنهما ليسا مختارين فى حلّ النزاع بينهما حينئذ، ولذا قالوا بأن الحاكم يطالب المدّعى بالبينه ويذكّره بإقامتها إن كان غافلاً عن ذلك، بل قيل بلزوم قول الحاكم له: ألك بينه؟ وإن لم يكن غافلاً، فهذا يكشف عن قيام السيره على أن أمر المترافعين بيد الحاكم، وأنه لا يجوز لهما التقدّم عليه فى شأنهما، نعم، القدر المتيقن من نفوذ حكم الحاكم هو الحكم الصادر منه بعد إحلاف المنكر بطلب من المدعى.

وليس المراد من « الإحلاف» أن يأمر الحاكم المنكر بالحلف حتى يكون المنكر عاصياً بنكوله منه، لأن المنكر بالخيار بين اليمين والرد والنكول، بل المراد هو أن يأذن له باليمين، وهذا هو مراد من عبّر ب « الأمر» أيضاً.

وقد روى الشيخ الصّدوق معتبره ابن أبى يعفور المذكوره بزياده جمله « من حلف لكم على حق فصدّقوه» (۱)وقد يدّعى كونها مطلقه، لكنها محموله على ما ذكرنا، ولا سيما وأن الجمله فى ذيل تلك الروايه.

وفى روايه أخرى: «. . . وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه» (۲).

وفى أخرى لعبد اللّه بن وضاح: « كانت بينى وبين رجل من اليهود معامله، فخاننى بألف درهم، فقدّمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح ودراهم كثيره، فأردت أن أقتص الألف درهم التى كانت لى عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبى الحسن عليه السلام

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۴/ ذيل ح ۱. كيفيه الحكم، الباب ۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۶/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۰.

فأخبرته: أنى قد أحلفته فحلف، وقد وقع له عندى مال، فإن أمرتنى أن آخذ منه الألف درهم التى حلف عليها فعلت. فكتب: لا تأخذ منه شيئاً، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلّفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (١).

وقد استشهد فى (الجواهر) بما فى هذا الخبر - من أنه قد أحلفه عند الوالى لا الحاكم - على كفايه الحلف وإن لم يكن عند الحاكم.

لكن لعلّ هذا الوالى الذى حلف عنده كان من الولاه الذين لهم الولايه على الحكومه ونصب القضاه بعد الترافع إليه، فلا يستفاد منها كفايه الحلف عند غير الحاكم، والقدر المتيقن منها ما ذكرناه.

وكيف كان، فلو حلف سقطت دعواه فى الدنيا وإن لم تبرء ذمّته إن كانت يمينه فاجره بالإجماع، وفى الحديث: «. . فأيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار» (٢).

قال المحقق قدّس سرّه: « ثم المنكر إما أن يحلف أو يردّ أو ينكل» .

أقول: عندما يطرح المدّعى الدعوى وينكر المدّعى عليه، فإما أن يحلف مع إذن الحاكم، أو يردّ اليمين على المدعى، أو ينكل فلا يحلف ولا يردّها عليه.

حكم ما إذا حلف المنكر:

قال: « فإذا حلف سقطت الدعوى» (٣).

أقول: إذا حلف المنكر سقطت دعوى المدّعى ولا حق له على المنكر، ثم إن

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢۴۶/٢. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٠.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴٠: ٨۴.

أثر هـذه اليمين هو أنه إن كـان صادقـاً فكالأـول، أي: إن كـان الشـيء المتنازع فيه له حقاً فهو، وإن كان كاذباً فكـذلك، أي لا يكون الشـيء له بـاليمين، ويحرم عليه التصـرف فيه كمـا كان كـذلك من قبل، هـذا بالنسـبه إلى المنكر نفسه، وأما بالنسـبه إلى المدّعى، فلا تجوز له مطالبه المدّعى عليه بالشـى بحسب الظاهر، وهذا معنى سـقوط دعواه، وأما بالنسبه إلى الحاكم، فأثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بمـا يطـابق قوله، وأمـا بالنسـبه إلى سائر الناس، فإنهم إذا أرادوا التصـرف فى الشـى المتنازع فيه لزمهم الاستيذان من المدّعى عليه.

قال المحقق: « ولو ظفر المدّعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصّه» (۱).

أقول: وإذا سـقطت الـدعوى، فهل للمـدعى التقاص من مال المـدّعى عليه بحيث لا يشـعر بـذلك أحد؟ ادعى الإتّفاق على عدم جواز التقـاصّ منه إن كان مورد النزاع ديناً، وأما إذا كان عيناً، فالمشـهور على الجواز، وقال جمع بالعـدم وبقاء الحق إلى الآخره، بل قالوا بعدم جواز التصـرف فى العين المتنارع فيها وإن لم يكن تصـرفاً منافياً، لكونها بيد المدّعى عليه، كأن تكون عبداً ويعتقه فى سبيل اللّه عزّ وجل، أو يبرأ ذمه المنكر قربه إلى اللّه تعالى، لأن ذلك ينافى حكم الحاكم المقتضـى لعـدم كون المنكر مديناً للمدّعى، ومقتضى الإبراء كونه مديناً له.

أقول: إن مقتضـى القاعـده هو جواز التقاصّ منه، إلا أن يقوم الدليل على المنع، إذ ليس الحكم من المملّكات والنواقل للأموال، وإلّا لما قال صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: «. . . فأيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار» فلا يقال بأنه على أثر اليمين والحكم يكون الحالف مالكاً وإن أثم فى اليمين

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۴.

الکاذبه، نظیر البیع وقت النداء من یوم الجمعه.

وحیث لا ـ تصبح العین ملکاً للحالف بیمینه، فإما أن تکون ملکاً بلا ـ مالک أو تبقی علی ملک المدّعی؟ والأوّل ساقط، فثبت الثانی، فللمدّعی التصرف فی العین أینما وجدها، غیر أنه یکون حینئذ رادّاً علی اللّه، لمخالفته لحکم الحاکم، ولکن لو فعل ذلک خفیه، أمکن القول بالجواز لعدم تحقق الردّ. اللهم إلا ـ أن یقال بوجوب التزام المدّعی بترتیب آثار مالکیه المدعی علیه وإن کانت العین ملکاً له فی اعتقاده، وأن سائر الناس ملزمون بمعامله هذه العین معامله ملک المنکر کالمدّعی نفسه، فعلیهم الإستیذان من المنکر إن أرادوا التصرف فیها، وقیل بوجوب ذلک علیهم إن لم یکونوا عالمین بکونها ملکاً للمدعی فی نفس الأمر، إلاّ ـ أن الکلام فی أثر إذن المدعی علیه، حیث قد حلف کاذباً وهو یعلم بأن العین لم تدخل فی ملکه واقعاً بل هی باقیه علی ملک المدّعی، فإنه لا یجوز له الإذن، ولو أذن لم یؤثر، فالأحوط لهم الإستجازه من المتداعیین کلیهما فی التصرف فی العین.

قال المحقق: « ولو عاود المطالبه أثم ولم تسمع دعواه» (۱).

أقول: أی إن الحاکم بعدما حکم بأن الشی للمنکر، أو بأنه لیس مدیناً للمدّعی، لا یجوز له سماع الدّعوی مره ثانیه، ولا استماع شهاده بیّنه المدّعی علی مالکیّته للشی المتنازع فیه، قال المحقق: « ولو أقام بیّنه بما حلف علیه المنکر لم تسمع» وهذا مذهب المشهور، بل حکی علیه الإجماع، وذلک لحکومه خبر ابن أبی یعفور عن الصادق علیه السلام: « إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه فاستحلفه فحلف لاحقّ له قبله، ذهبت الیمین بحق المدعی فلا دعوی له. قلت له:

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۴.

وإن كانت عليه بيّنه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامه ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه عليه. قال رسول اللّه: من حلف لكم باللّه فصدّقوه وإن سألكم باللّه فأعطوه، ذهبت اليمين بدعوى المدّعى ولا دعوى له» (۱)ونحوه من الأخبار، على: « البيّنه على المدّعى واليمين على من أنكر» (۲).

وهنا قولان آخران، قال المحقق (۳): « وقيل: يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين، وقيل: إن نسى بيّنته سمعت وإن أحلف» والثالث: إنها تسمع مطلقاً، قال المحقق: « والأوّل هو المروى» وتلك الأقوال مخالفه للنصوص الوارده فى المقام، وهى تدلّ على أن يمين المنكر يذهب بحق المدعى، وأنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبداً، وقد عمل الأصحاب بتلك النصوص إلّا من شذّ.

قال المحقق: « وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين، وهنا أولى» وهذا واضح.

قال: « أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته وحلّ مقاصّته...» (۴).

أقول: لو أكذب المدّعى عليه الحالف نفسه بعد يمينه، فهل يكون إقراره بالكذب كالبيّنه التى يقيمها المدعى بعد يمين المنكر فى عدم التأثير، أو يؤثر هذا الإقرار؟

إن دليل حجيّه الإقرار مطلق، فهو حجه سواء كان قد حلف أو لا، ودليل

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۵/۲. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۵.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۸۴.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۸۴.

حجيه اليمين وذهابها بحق المدّعى مطلق، فهى تذهب بحقّه سواء أكذب الحالف نفسه بعدها أو لا، فالنسبه بين الدليلين هو العموم من وجه، فهل يتقدّم دليل الإقرار، لذهاب الأصحاب إلى ذلك، أو أنه لا تعارض بينهما فى مورد الاجتماع، لحكومه دليل ذهاب اليمين بحقّه على دليل الإقرار، لأنه رافع لموضوعه؟

المستفاد من المعتبره: « إنى كنت استودعت رجلًا مالاً فجحدنيه فحلف لى عليه، ثم إنه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إيّاه، فقال: هذا مالك فخذه، وهذه أربعه آلاف درهم ربحتها، فهى لك مع مالك واجعلنى فى حلّ، فأخذت منه المال وأبيت أن آخذ الربح منه، ورفعت المال الذى كنت استودعته وأبيت أخذه، أستطلع رأيك فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلّله، فإن هذا الرجل تائب واللّه يحبّ التوّابين» (١)كون الإقرار مسموعاً، وأنه يتقدّم على أدلّه ذهاب اليمين بحقّ المدّعى.

بل إن تلك الأدلّه منصرفه عن صوره تكذيب الحالف نفسه. بل إن اليمين من الطرق العقلائيه، وقد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقاً لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما فى يده، كما أن الدليل المعتمد فى حجّيه خبر الواحد هو السيره وبناء العقلاء، لكن اعتبارهم لليمين والخبر، مقيّد بما إذا لم يكذب الحالف أو المخبر نفسه، وعليه، فلا معنى للقول بإطلاق دليل حجيه خبر الواحد ويمين الحالف، لأن عدم ترتيب العقلاء الأثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين، وأنها ليست مصداقاً عنده لأدلّه ذهاب اليمين بحق المدّعى. . . وكذلك البيّنه لو أكذب الشاهدان أنفسهما بعد الشهاده. . .

١- ١) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٨٦/٣. كتاب الأيمان، الباب ٤٨.

وأما بقاء مالكيّه المدّعى على المال، فهو مقتضى خبر مناهى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم، حيث ورد فيه النهى عن أكل أموال الناس بشهاده الزور، فعن الصّادق عليه السلام عن آبائه عن النبى: « فى حديث المناهى: إنه نهى عن أكل مال بشهاده الزور» (١). وكذا قوله: «. . . فإنما قطعت له قطعه من النار» .

وفى خبر عبداللّه بن وضاح: « كانت بينى وبين رجل من اليهود معامله فخاننى بألف درهم، فقدّمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح ودراهم كثيره، فأردت أن أقتص الألف درهم التى كانت لى عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبى الحسن فأخبرته. . . فكتب: لا تأخذ منه شيئاً، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلّفته، لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه، فقد مضت اليمين بما فيها» (٢).

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ « الظلم» فيها من باب المشاكله كما فى قوله تعالى: «فَمَنِ اِعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ» (٣)، وإلاّ فإن أخذ الحق ليس ظلماً حقيقه، نعم هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعاً. . .

فتحصّل: ثبوت ملكيه المدعى للمال المتنازع فيه بعد إقرار الحالف بالكذب وسقوط يمينه عن التأثير، بخلاف البينه التى يقيمها المدعى بعد حلف المنكر، فقد دلّت النصوص على تقدم اليمين وعدم سماع البينه بعدها.

هذا، وفى كلمات صاحب (الجواهر) أن اليمين لا تذهب بالمال بل تذهب

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٦/٢. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٠.

٣- ٣) سوره البقره ٢: ١٩٤.

بحق المدّعى على المنكر.

وفيه: إنه لاـ يثبت لصاحب المال المدعى حق على المنكر، بل ليس لصاحب المال المغصوب منه حق على غاصبه، وإنما له المطالبه بماله وإيقاع أنحاء التصرّفات فيه، ومن الواضح أن هذه التصرفات من آثار سلطنته على ماله وليست حقوقاً له على من عنده المال.

فالصحيح: أن أدلّه ذهاب اليمين بحق المدعى تمنع عن تصرّفه فى ماله الذى بيد المنكر بعد يمينه، لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له، والمنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذى بيده، فإن أكذب نفسه جاز للمدّعى مطالبته بالمال وحلّت له مقاصته إن امتنع من تسليمه.

وفى (المسالك) : « أما لو أكذب الحالف. . . كما يحلّ له مع امتناعه من التسليم، لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق فى ذمه الخصم، فلا وجه لسقوطه» (١).

أقول: هذا يتوقّف على عدم تماميّه إطلاق أدلّه « ذهبت اليمين بحقّه» كما ذكرنا، وإلا كان الإطلاق هو الوجه لسقوط الحق.

ثم إنه هل يسقط حق المدّعى بمجرد يمين المدّعى عليه، أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم؟ ظاهر النصوص هو الأوّل، قال السيّد (٢): والإنصاف أنه ليس كلّ البعيد إن لم يكن الإجماع على خلافه.

والصحيح هو الثانى وفاقاً للجواهر، لأن اليمين مقدّمه للحكم - كالبينه - وفصل الخصومه يحصل بالحكم، وقد قال صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضى

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٥٠.

٢- ٢) العروه الوثقى ٣: ٦٤.

بینکم بالبیّنات والأیمان» أی: إن الحکم القاطع للنزاع یصدر بعد قیام البینه أو تحقق الیمین، فکلّ واحده منهما فی موردها مقدّمه لحکم الحاکم، وبه ینقطع النزاع، فلو حلف المدّعی علیه ولم یصدر الحکم من الحاکم لسبب من الأسباب جاز للمدّعی استیناف الدعوی.

هذا کلّه إذا حلف المنکر.

حکم ما إذا رد الیمین:

قال المحقق: « وإن ردّ الیمین علی المدّعی لزمه الحلف» .

أقول: إن ردّ المنکر الیمین علی المدعی قالوا: یجب علی المدّعی أن یحلف، ولیس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التکلیفی، بل بمعنی أنه إن أراد تحصیل حقّه من المدّعی علیه لزمه الحلف، فهو لزوم وضعی من باب المقدّمه لإحقاق الحق، فإذا حلف حکم له، ووجب علی المنکر تسلیم الشی المتنازع فیه إلیه.

ویدلّ علی ذلک: الإجماع والأخبار المستفیضه أو المتواتره کما فی (الجواهر) (١)، وهذه نصوص طائفه من تلک الأخبار، نذکرها لاشتمالها علی أحکام أخری أیضاً:

١ - محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام: « فی الرجل یدّعی ولا بیّنه له. قال: یستحلفه، فإن ردّ الیمین علی صاحب الحق فلم یحلف فلا حقّ له» (٢).

٢ - عبید بن زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام: « فی الرجل یدّعی علیه

١- ١) جواهر الکلام ٤٠: ١٧٦.

٢- ٢) وسائل الشیعه ٢٧: ٢٤١/١. أبواب کیفیه الحکم، الباب ٢.

الحق ولا بیّنه للمدّعی. قال: یستحلف أو یردّ الیمین علی صاحب الحق، فإن لم یفعل فلا حقّ له» (۱).

۳ - الصّدوق بإسناده عن أبان عن جمیل عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «إذا أقام المدّعی البیّنه فلیس علیه یمین، وإن لم یقم البینه فردّ علیه الذی ادّعی علیه الیمین فأبی، فلا حقّ له» (۲).

۴ - الکلینی عن حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمد بن سماعه، عن بعض أصحابه، عن أبان، عن رجل، عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «فی الرجل یدّعی علیه الحق ولیس لصاحب الحق بیّنه. قال: یستحلف المدّعی علیه، فإن أبی أن یحلف وقال: أنا أردّ الیمین علیک لصاحب الحق، فإن ذلک واجب علی صاحب الحق أن یحلف ویأخذ ماله» (۳).

۵ - یونس عمّن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه:

بشهاده رجلین عدلین، فإن لم یکونا رجلین فرجل وامرأتان، فإن لم تکن امرأتان فرجل ویمین المدّعی، فإن لم یکن شاهد فالیمین علی المدّعی علیه، فإن لم یحلف و ردّ الیمین علی المدّعی فهی واجبه علیه أن یحلف ویأخذ حقه، فإن أبی أن یحلف فلا شیء له» (۴).

۶ - عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه قال: قلت للشیخ علیه السلام: «خبّرنی عن الرجل یدّعی قبل الرجل الحق فلم تکن له بینه بماله. قال: فیمین المدّعی علیه،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۴۲/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۷.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۴۲/۶. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۷.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۴۲/۵. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۷.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۴۱/۴. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۷.

فـإن حلف فلاـ حق له، وإن ردّ اليمين على المـدعى فلم يحلف فلاـ حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كـان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيّنه، فعلى المـدّعى اليمين باللّه الـذى لا إله إلا هو، لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حق له، لأنا لا نـدرى لعلّه قـد أوفاه ببينه لا نعلم موضـعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن صارت عليه اليمين مع البينه فإن ادّعى بلا بينه فلا حق له، لأن المدّعى عليه ليس بحى، ولو كان حيّاً لأُلزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (۱).

فتحصّل: أن للمنكر ردّ اليمين على المـدّعى، فإن حلف ثبت حقّه وحكم له، وأما إذا كانت دعواه ظنّيه، فقيل: لا تسـمع الـدعوى الظنّيه مطلقاً، وقيل: بل تسـمع، إذ قـد تقوم البينه على طبقها، وتكون دليلًا ومسـتنداً لحكم الحاكم، لكن لا أثر لردّ المنكر اليمين على المـدعى حتى على القول الثانى، لأن الظانّ لا يمكنه الحلف، وكـذا لو كان المدّعى يدعى شـيئاً لغيره، كوليّ الصـغير الذى يـدعى على أحد حقّاً للصـغير، لأن يمينه لا تثبت حقه وإن كان جازماً به، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره، وكـذا الأمر لو كان المـدعى وصـيّاً لميت فيـدعى وصـيته بشـى فينكر الوارث - مثلًا - ذلك، فإن أقام البينه على دعواه فهو وإلّا حلف الوارث أو أقرّ بالحق، ولا يردّ اليمين على الوصى.

وقيل: لقـد قام الـدليل على أن البينه على المدعى، وعلى المنكر أن يحلف أو يردّ أو ينكل، وهذا الدليل مطلق، فيشـمل صوره ما إذا لم يتمكّن المدعى من اليمين

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۶/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۴. وفيها « ياسين الضرير» وليس لائمه الرجال فيه مدح ولا ذم.

أو لـم تكـن يمينه نافـذه، فنحكم فی صـوره ردّ المنكر اليمين وعجزه عنهـا – لكـونه ظانّـاً أو لكـون الحـق لغيره – بسـقوط الحق المدّعی، لا بأن يكون عجزه سبباً لتخيير المنكر بين الأمرين الآخرين.

والجواب من وجهين، فالأـوّل: إن أدلّه تردّد أمر المنكر بين الاـمور الثلاـثه منصـرفه عن هـذه الصوره، فليس له الردّ فيهـا، ويبقی الأـمران. والثـانی: إنه مع الشكك فی إطلاق الأدلّه – بعـد التنزّل عن القول بانصـرافها – فيؤخـذ بالقـدر المتيقن، وهو ما عـدا هـذه الصوره.

وحيث لا يمكن الردّ – لأجل لغويّه يمين المدّعی أو عجزه عنها – فهو مخيّر بين الإقرار والحلف.

اليمين المردوده فی حكم البينه أو الإقرار؟

وهل اليمين المردوده فی حكم بينه المدعی أو فی حكم إقرار المدّعی عليه؟ قولان.

وجه الأوّل: إن الـذی علی المـدّعی هو البينه، وعلی المنكر اليمين، فإن ردّ المنكر اليمين علی المـدعی وحلف ثبت حقه، فتكون هذه اليمين فی حكم البينه.

ووجه الثانی: إن إقرار المـدّعی عليه يثبت حق المدعی، فتقوم اليمين المردوده منه علی المدعی مقام الإقرار، إذ هو حينئذ مسـلّم لما يدّعيه إن حلف.

وقـد ذكروا لهـذا الخلاـف ثمرات، منهـا: أن المـدّعی عليه إذا أقـام بينه علی أداء المـال مثلاًـ حلف المـدعی، فإن كانت اليمين المردوده نازله منزله البيّنه، جاز للمنكر إقامه البينه بعدها، وإن كانت نازله منزله الإقرار فلا مجال لإقامتها، لأن الإقرار منه يكذبها.

قلت: والأقوی أن اليمين المردوده طريق مستقل لإثبات حق المدعی، وما

ذكروه فی وجه القولین ضعیف، ولیس طریق إثبات الحق منحصراً بالبینه والإقرار بل هی ثلاثه طرق: البینه والإقرار والیمین المردوده، ولکلّ واحد منها أحکامه وآثاره، وأما الثمره التی ذکروها فغیر مترتّبه، لأن الیمین المردوده لا تصلح لنفی أداء المدّعی علیه الدین بل هی تثبت أصل الدین، وحینئذ فللمدّعی علیه إقامه البینه علی الأداء، کما أنه لو أقر بأصل الدین ثم أقام البیّنه علی الأداء سقط الحق، وإن لم یکن عنده بینه حلف المدعی، لأنه المنکر للأداء، ولا معنی لإقامتها علی نفی ما تثبته الیمین المردوده التی جعلت لخصم النزاع بینهما، إذن، یجوز أن تقام البینه فی مقابل الیمین المردوده - لو اختلف مدلولاهما - کما ذکرنا. وحینئذ، نبحث عن مقتضی الأدلّه أو الاصول فیما إذا أقام المنکر البینه بعد یمین المدعی مثلًا، فإن شملت إطلاقات أدلّه البینه هذه البینه فهو وإلا فیرجع إلی الأصل، من دون أن یطبق علی هذه الیمین أحکام أحد الأمرین. . .

فالحاصل: أنه لا وجه للحصر المذکور، وحینئذ، تقیّد أدلّه البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر، بأن الیمین علی المنکر إلاّ إذا ردّت علی المدّعی، فهی علیه لا علی المنکر.

ثم إن أثر الیمین المردوده یتوقف ترتّبه علی حکم الحاکم، فهی من مقدّمات الحکم، والذی یثبت الحق هو الحکم، وبه تنفصل الخصومه وینقطع النزاع کما ذکرنا سابقاً، فیکون معنی قوله علیه السلام - فی مرسله أبان -: «. . . أن یحلف ویأخذ ماله» إنه یحلف ویحکم الحاکم ویأخذ ماله.

قال المحقق: « ولو نکل سقطت دعواه» (۱).

ص:۲۸۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۴.

أقول: لو نكل المـدّعی عن الیمین المردوده، فقـد ذکروا أنه تسـقط دعواه، ثم ادّعی الإجماع علی عـدم جواز إعاده الـدعوی فی ذلـک المجلس، وفی إعادتهـا فی مجلس آخر قولاـن، وفی (المسالـک) (۱): إن کـان ترک الیمین لسـبب وجیه وعـذر مقبول أمهل، وإلا کان ناکلاً تسقط دعواه بامتناعه من الیمین.

أقول: لیس فی الأخبـار تعرض للنکول، بل فیها: « أبی أن یحلف» و « لم یحلف» فإن قال فی المجلس « لا أحلف» مثلاً فقـد أبی أن یحلـف، ولاـ یبقی له حق، فـإن حکم الحـاکم سـقطت الـدعوی ولاـ تسـمع بعدئـذ، وإن لم یحکم الحـاکم لم تسـقط وبقیت وجـازت المطـالبه بـالحق، ولکن تجدیـدها فی ذلـک المجلس لغو، وأمـا الإمهـال، فـإن کـان لجهه عقلائیّه أمکن القول بجوازه بـدعوی انصـراف الأخبار عن ذلک، وإلا فلا وجه لإمهال الحاکم إیّاه، وهـذه المهله - أیّ مقـدار طالت - فقـد أخّر إحقاق حقه بنفسه ولا یجبر علی الیمین لأجل أخذ حقه، بخلاف یمین المنکر فهناک لا یمهل لأن الحق للمدعی.

وهذا العذر الموجّه لابدّ أن یکون له أمد، إما عرفاً وإما بتحدید من الحاکم.

وأمـا إذا ردّ الیمین علی المـدّعی، فـادّعی أنه ظانّ بالحق غیر متیقّن به، فلا یمکنه الحلف، فإن کان المنکر متیقناً قیل له: إحلف، وإن کـان هو أیضـاً ظانـاً أو شاکاً کالمـدعی، بقیت الـدعوی، ورجع الحاکم إلی الاصول العملیه، وأفتی فی المسأله بما أدی إلیه نظره.

حکم ما إذا نکل المنکر:

قال المحقق: « وإن نکل المنکر بمعنی أنه لم یحلف ولم یرد، قال الحاکم: إن

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۴۵۳.

حلفت وإلا جعلتك ناكلًا. . .» (۱).

أقول: المراد من قوله: « وإلا ـ جعلتك ناكلًا» هو حكمه بنكوله، فالحاصل أنه إن حلف المنكر سقطت الدعوى، وإن ردّ اليمين على المدعى، فإن نكل المدّعى سقطت الدعوى كذلك، وإن نكل المنكر فلم يحلف ولم يرد قال المحقق: « قال الحاكم. . .» .

ثم قال: « ويكرّر ذلك ثلاثاً استظهاراً، لا فرضاً» ولم يقم دليل على ذلك، بل لو فرضنا أن مجرد النكول يوجب الحكم عليه فهو محكوم، إلّا أن يقوم إجماع على ما ذكره قدّس سرّه.

قال: « فإن أصرّ، قيل: يقضى عليه بالنكول، وقيل: يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقّه وان امتنع سقط» (۲).

أقول: إن أصرّ المنكر على النكول ففيه قولان: أحدهما: إنه يقضى عليه بالنكول، قال به جماعه من المتقدمين، والآخر: يقول له الحاكم: ردّ اليمين على المدعى، فإن ردّ وحلف ثبت حقه، وإن امتنع المدعى عنه سقط حقه، وهو قول جماعه من الأصحاب. . .

قال المحقق: « والأوّل أظهر وهو المروى» .

ولقد استدل للقول الأوّل بأخبار:

منها: قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « البيّنه على المدّعى واليمين على من أنكر» فقد فصّل بين المدّعى والمنكر، فجعل البينه وظيفه للمدّعى واليمين وظيفه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۴.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۸۵.

للمنكر، والتفصيل قاطع للشركه، أى: إنهما ليسا شريكين فى البيّنه واليمين، بل لكلّ واحد منهما وظيفته فى ميزان فصل الخصومه، وأما « ردّ اليمين» فمن الأحكام الطارئه، مثلًا: حقيقه الصّلاه منوطه بتحقق أجزائها وشرائطها المحققه لها أوّلاً وبالذات، وأما ركعه الإحتياط – مثلاً – فمن الامور الطارئه عليها، . . . وحينئذ، لو ردّ المنكر اليمين على المدّعى وجب عليه أن يحلف، وأما إذا لم يردّها عليه عن اختيار، كان القانون العام المذكور هو المطبق لا محاله، وأما القول بأنه متى سكت ردّ الحاكم اليمين على المدّعى ولايه، أو حمل المنكر على الحلف، فيستلزم أن لا يبقى مصداق لنكول المدّعى عليه عن اليمين.

وبعباره أخرى: مقتضى الدليل الأوّلى هو الحكم بنكوله إذا لم يحلف، وإن ردّ كان أمراً طارئاً، واقتضى الدليل الثانوى ترتيب الأثر عليه لتحقق موضوعه وهو الردّ، وأما إذا لم يحلف ولم يرد، بقى الدليل الأوّل على مقتضاه، وهو الحكم بنكوله.

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الأخرس، كيف يحلف إذا ادّعى عليه دين وأنكر ولم يكن للمدّعى بيّنه؟ فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادّعى عليه دين ولم يكن للمدّعى بيّنه، فقال أمير المؤمنين: الحمد للّه الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بيّنت للامّه جميع ما تحتاج إليه، ثم قال: ايتونى بمصحف، فأُتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه إلى السماء وأشار أنه كتاب اللّه عزّ وجل، ثم قال: ايتونى بوليّه، فأتى بأخ له فأقعده إلى جنبه ثم قال: يا قنبر على بدواه وصحيفه، فأتاه بهما، ثم قال لأخى الأخرس: قل لأخيك هذا بينك وبينه، إنه على، فتقدم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين: واللّه الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضارّ النافع

المهلک المدرک الذی یعلم السرّ والعلانیه: إن فلان ابن فلان المدّعی لیس له قبل فلان ابن فلان - أعنی الأخرس - حق ولاطلبه بوجه من الوجوه ولا بسبب من الأسباب، ثم غسله وأمر الأخرس أن یشربه فامتنع، فألزمه الدین» (1).

فإن الظاهر منها أن الإمام علیه السلام قد ألزمه الدین بمجرّد امتناعه عن الشرب، وذلک یقتضی أنه قد امتنع عن ردّ الیمین علی المدّعی، للإتفاق علی أنه لا یحکم علیه مع الرد.

وما أشکل علیه فی (الجواهر) (2): بالقطع بعدم إراده هذا الظاهر، ضروره اشتراط الحکم بنکوله عن ردّه أیضاً، فلابدّ فی إصلاحه حینئذ من تقدیر، والتزام کونه موافقاً لذلک لیس بأولی من جعله مخالفاً له. . .

ضعیف، لأنه لو ردّ لحکم الإمام علیه السلام علی المدعی بالیمین قطعاً، ولحکی الإمام الصّادق علیه السلام ذلک ألبته، إذ لا وجه لحکایه بعض الواقعه وترک البعض الآخر مع کونه محتاجاً إلیه، لکن لا مانع من عدم حکایه ما هو المحرز منها، وهو ما ذکرنا من عدم ردّه الیمین علی المدعی، بل إن حکم الإمام علیه السلام بأداء الحق قرینه علی ذلک.

وأما قوله: علی أنه قضیه فی واقعه لا عموم فیها. . .

ففیه: أن الإمام الصادق علیه السلام قد ذکر القضیه فی جواب السؤال عن کیفیه إحلاف الأخرس حینئذ، مستشهداً ومستدلّاً بها، ولم یکن ذلک منه مجرد حکایه لها حتی لا یکون لها عموم.

ص:289

1- 1) وسائل الشیعه 27: 302/1. أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعوی، الباب 33.
2- 2) جواهر الکلام 40: 184.

فتحصّل: أن الروايه تدلّ على كفايه عدم ردّه – مع علمه بأن له ذلك – للحكم عليه بدفع حق المدعى، ولا يلزم أمره بالردّ ثم الحكم بذلک إن امتنع عن الرد.

ومنها: روايه عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه، المتقدمه سابقاً.

فهذا الخبر يدلّ بظاهره صدراً وذيلاً – على روايه الشيخ الكلينى قدّس سرّه، وذيلاً على روايه الشيخ الصدوق قدّس سرّه فى الفقيه – على القول الأوّل، لأن حاصل القدر المتفق على روايته: أن المدّعى عليه إن حلف سقطت الدعوى، وإن لم يحلف فعليه الحق، إلاـ أن يردّ – هو أو الحاكم من قبله – اليمين على المدّعى، ولاـ يحكم على المدّعى عليه بامتناعه عن اليمين، فإن حلف المدعى ثبت حقّه وإلا سقطت الدعوى.

ثم إن الجواب عن دعوى (الجواهر) (۱)بأن اختلاف متنه موجب للتزلزل فيه، هو أن التزلزل يكون فى حال اختلاف متن الخبر فى الكتاب الواحد، وأما هذا الخبر، فقد رواه الصدوق قدّس سرّه بلفظ يختلف عن لفظ الكلينى قدّس سرّه، وقد تقرر عندهم أن الشيخ الكلينى أضبط من غيره (۲)، مع أن المحتمل تعدّد نفس الروايه، ومحلّ الإستدلال روايه الكلينى، ومع التنزل، فإن الذيل الذى اتفقا عليه ظاهر فى الدلاله على القول الأوّل.

ص:۲۹۰

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۸۴.

۲- ۲) تعرضوا لهذه المسأله كثيراً فى صوره وقوع الاختلاف فى لفظ الحديث بين روايه الشيخ الكلينى والشيخ الطوسى قدّس سرّهما، فقدّموا روايه الكلينى على روايه الشيخ قائلين بأنه أضبط فى نقل الأخبار، لأن الكلينى لم يشتغل بغير الحديث وقد عمل الكافى فى عشرين سنه، بخلاف الشيخ فله كتب كثيره فى علوم مختلفه، ولذا نصوا على وقوع اشتباهات كثيره فى تهذيبه.

وليس مخالفه ما تدلّ عليه روايه الفقيه لفتوى أبى حنيفه مرجحه، لأن الترجيح بمخالفه العامّه هو فى الخبرين المتعارضين حكماً لا المختلفين زياده ونقصاناً.

واحتمال تقدير جمله، بأن يقال: فإن لم يحلف - أى المدّعى عليه - وردّ اليمين على المدعى فحلف - فعليه. ضعيف جدّاً.

هذا، وقد تلقى الأصحاب هذا الخبر بالقبول، وأفتوا على طبقه فى لزوم ضمّ اليمين إلى البينه فى الدعوى على الميت، ولا دليل لهم غيره، وهذا جابر لضعف سنده.

ثم إن صاحب (الجواهر) بعد أن ذكر أدلّه الطرفين قال: « وبذلك كلّه ظهر لك أن أدلّه الطرفين محل نظر. . . نعم، قد يقال: إنه بعد فرض الإجماع المركب على انحصار القضاء فى الفرض بأحد الأمرين، وأن اختيار أمر ثالث. . . خرق للإجماع المزبور، يتّجه القول حينئذ إنه يردّ اليمين منه على المدعى، لأصاله عدم ثبوت الحق بدونه، ولظهور حصر استخراج الحقوق فى مضمر يونس بالأربعه، ومجرّد النكول خارج عنها، بل لعلّ النصوص المستفيضه أو المتواتره الدالّه على انحصار كيفيه القضاء بين الناس بالبينات والأيمان تقتضى ذلك. . .» (1).

أقول: أما الإجماع المركب، فمنتف هنا، وأما أصاله عدم ثبوت الحق بدون ردّ اليمين على المدعى، فمعارضه بأصاله عدم وجوب ردّ اليمين حينئذ، مع أن حكم الحاكم بوجوب أداء الحق على المنكر، إن كان من جهه نكوله فالحق ثابت، وإن كان الحكم مترتباً على اليمين أو الردّ فلا يحكم عليه بدفع الحق.

1- 1) جواهر الكلام 40: 187.

فظهر أنه لا ـ مجال لجريان أصاله عدم ثبوت الحق، لأـن موجب الحكم فى الصوره الأولى حاصل قطعاً وفى الثانيه غير حاصل قطعاً، وحيث يتردّد الأـمر بين أمرين مقطوع بهما، لا ـ يجرى الإستصحاب أبداً، إلا ـ أن يقال هنا بأن الأصل عدم جعل حكم للنكول، لكن هذا الأصل أيضاً معارض بأصاله عدم جعل جواز الردّ أو وجوبه أو وجوب إلزام المدّعى عليه بالردّ على الحاكم.

والحاصل: إنه لو افترقت الأُـمه على قولين، فقالت طائفه بأن مجرّد النكول موجب لحكم الحاكم، وقالت الأخرى: بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر بردّ اليمين على المدّعى – أو يردّها هو من قبله – فإن حلف حكم بثبوت الحق وإلا ـ حكم بسقوطه، فإن كان القولان متباينين – نظير ما إذا قالت طائفه بوجوب الجمعه فى زمن الغيبه، وقالت الاخرى بحرمتها – فلا مجال للإستدلال لأحد القولين بالأصل، وإن كان القولان غير متباينين، كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه، كأن تقول احداهما بوجوب السّوره فى الصلاه، وتقول الاخرى بعدم وجوبها، مع اتفاقهما على إجزاء الصلاه مع السوره، فهنا لا تجرى أصاله عدم وجوب السوره، لعدم الشك فى إجزاء الصلاه الواجده لها. . . وعلى هذا، فإن كان مقتضى القول بكفايه النكول عدم لزوم الردّ على المدّعى مع عدم المنع عنه، ومقتضى القول الآخر لزومه بعد النكول، فالقولان متفقان على ثبوت الحق ببذل المدعى اليمين المردوده ونفوذ الحكم بذلك قطعاً، فلا مجال لأصاله العدم حينئذ، لكن أصاله العدم بالنسبه إلى النكول وحده جاريه كما فى (الجواهر) .

هذا، فإن ردّ اليمين على المدعى فنكل، فقولان كذلك، وهنا أيضاً يتعارض الأصلان.

فظهر أن الأصل الذى ذكره فى (الجواهر) (۱)یجری فی حال قبول الطرفين لترتب الأثر على ردّ اليمين على المدعى مع عدم وجود قول ثالث فى البين.

وأما استدلاله بظهور حصر استخراج الحقوق فى مضمر يونس بالأربعه. ففيه نظر، إذ الروايه فى مقام بيان طرق استخراج الحق من طرف المدّعى فقط لا مطلقاً، وإلا فإن إقرار المدّعى عليه مثلًا من أسباب ثبوت حق المدّعى، وليس له ذكر فى الروايه.

وأما قوله: بل لعلّ النصوص المستفيضه. . . ففيه: أن الأمر يدور بين تخصيص دليل وجوب البينه على المدعى بأن نقول: إلا فى حال ردّ المنكر اليمين عليه، وبين تخصيص دليل وجوب اليمين على المنكر، بأن نقول: إلا إذا ردّها على المدعى، فحينئذ تجب على المدعى لا ـ المنكر، لكنّا ذكرنا سابقاً بأن اليمين توجب الإطمئنان نوعاً بصدق الحالف، وإن الإمتناع منها يكشف - نوعاً - عن الكذب، فهى مؤثره وجوداً وعدماً، فميزان القضاء هو بينه المدّعى ويمين المنكر أو نكوله عن اليمين. . .

لو بذل اليمين بعد النكول:

وكيف كان، فقد قال المحقق: « ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه» (۲).

أقول: لو بذل المنكر يمينه، فإن كان بذله لها بعد حكم الحاكم بنكوله، فلا ريب فى عدم الإلتفات إليها، وهو المشهور بل عليه الأكثر بل ادعى عليه الإجماع،

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۸۷ - ۱۸۸.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۸۵.

لأن الحكم قد فصل الخصومه وقطع النزاع ولا يجوز نقضه، وإن كان بذله قبل الحكم وبعد النكول فكذلك، لأن النكول حينئذ كاليمين والإقرار والبينه فى تعقب الحكم له من دون حاله منتظره، فلا أثر لبذل اليمين - بمعنى حلفه هو أو ردّ اليمين على المدّعى - ولا يلتفت إليه

إنما الكلام فى كيفيه تحقق النكول، فالمحقق قدّس سرّه على أنه يقول له الحاكم: إن حلفت وإلا جعلتك ناكلًا، ويكرر ذلك ثلاثاً، واكتفى صاحب (الرياض) بالمرّه الواحده (١)، وعن (كاشف اللثام) (٢)إنه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله: إن حلفت وإلا جعلتك ناكلًا وإلّا مرّه، وهذا هو الأظهر.

وأما بناء على القول الثانى من أنه لا يحكم عليه بالنكول، بل تردّ اليمين على المدّعى، فيلتفت إليه، لأنه يكون حينئذ كالبذل قبل الحكم، فإن حلف المدعى لم يلتفت إليه كذلك، لأنه حينئذ يحكم عليه الحاكم بدفع الحق إلى المدعى، وبذلك ينقطع النزاع.

قال فى (الجواهر) (٣): إن أدلّه القولين لا يعارضها إطلاق ما دلّ على أن اليمين على المنكر بعد تقييدها به، (قال) : بل فى الرياض دعوى اختصاصه - بحكم التبادر وغيره - بيمينه قبل الحكم عليه، بنكول أو إحلاف المدعى بردّ اليمين عليه ولو من الحاكم.

قلت: وأما بناء على ذكرنا من أن ما دلّ على ذلك ظاهر فى تأثير اليمين وجوداً وعدماً، وأنه لو امتنع عن اليمين يتحقق النكول ويحكم عليه بالحق، فلا

١- ١) رياض المسائل ١۵: ٩۵.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ١۴٨.

٣- ٣) جواهر الكلام ۴٠: ١٨٩.

تصل النوبه إلى الإطلاق والتقييد أو دعوى الإنصراف.

وفى (الرياض) (۱): هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه ولو مرّه، ولو قضى بنكوله من غير عرض فادّعى الخصم الجهل بحكم النكول، ففى نفوذ القضاء إشكال: من تفريطه وظهور عذره، ولعلّ الثانى أظهر وبالأصل أوفق.

وأشكل عليه فى (الجواهر) بأنه: ليس فى شى مما وصل إلينا من الأدلّه وجوب العرض عليه بمعنى إعلامه حكم النكول، والأصل البراءه، فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلاً عن دعواه الجهل، خصوصاً بعد ملاحظه الاستصحاب وغيره.

أقول: ليس شرط نفوذ الحكم علم المنكر بحكم النكول، فإن الحكم نافذ والأصل براءه ذمه الحاكم عن وجوب الإعلام، لكن تمسّک صاحب (الجواهر) باستصحاب بقاء الحكم ونفوذه الثابت قبل البذل لو شك فى بقائه بعده، مخدوش بأن المتيّقن تأثير اليمين أو الردّ شرعاً قبل صدور الحكم، وبعد الحكم حيث يشك فى بقاء التأثير وعدمه، يجرى الاستصحاب كذلك، فيقع التعارض بين الإستصحابين.

ولو بذل المنكر يمينه قبل حلف المدعى اليمين المردوده عليه - قال فى (الجواهر) - فالمتّجه جوازه للأصل، من غير فرق بين كون الردّ منه أو من الحاكم، أى: إن الردّ وحده ليس موضوع الحكم الشرعى، بل هو الردّ ويمين المدّعى بعد، فإن أظهر استعداده لليمين قبل حلف المدعى فقد حصل ذلك قبل تحقق موضوع

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۹۵.

الحكم الشرعى، فلذا يلتفت إليه.

ولو بذلها بعد حلف المدعى اليمين المردوده وقبل حكم الحاكم فقولان، من أن الفاصل للنزاع هو الحكم، فما لم يحكم الحاكم يجوز بـذله ويلتفت إليه، ومن أنه لمّا حصل سـبب الحكم وموجبه، فقد قامت الحجّه التامّه للحاكم لأن يحكم على طبقها، فيجب عليه إصـدار الحكم، لا أن ينتظر قيام سـبب آخر على خلاف السـبب القائم، نظير الإقرار، فلو أقرّ المنكر بما يـدّعيه المدعى ثبت الحق ولزم الحكم بذلك، فلو رجع عن إقراره لا يلتفت إليه وإن كان قبل الحكم.

هل يأمر الحاكم المدعى بإحضار البيّنه؟

قال المحقق: « ولو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم أحضرها لأنه حق له» (۱).

أقول: هـذا شـروع فيمـا يتعلق بالمـدّعى من الأحكام، وظاهر « لم يقل» عـدم الجواز، ويشـهد بـذلك قوله فى مقابل هـذا القول « وقيـل: يجوز» ووجه عـدم الجواز: إن الحق للمـدعى وليس للحـاكم إجباره على إقامه البينه لإحقاق حقه، ولكن هـذا الـدليل هو بالنظر إلى القاعـده الكليّه فى الحقوق، فالقاعـده العامّه فيها هى: أن من كان ذا حق على أحد، لا يجوز إجباره على استيفاء حقّه، وأن للمـدعى أن يطالب بيمين المنكر وإن كان له بينه على ما يـدّعيه. . . فهذا الدليل يفيد الحكم بعدم جواز الإلزام ولا يقتضـى حرمه أن يقول له « أحضـرها» من بـاب الإرشـاد والتنبيه كمـا هو أحـد الأـقوال فى المسـأله، فالأقوال أربعه: عـدم الجواز مطلقـاً، والجواز مطلقاً، والتفصيل المذكور، وقيل: يجوز إن كان الغرض تعليمه المسأله.

والظاهر أنه إن كان قوله من باب الإرشاد فهو جائز.

ص:۲۹۶

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۵.

هـذا بحسب القواعـد الكلّيه، وأما بالنسبه إلى مورد المخاصـمه، فهل مـدلول الأخبار الدالّه على أن « البيّنه على المدّعى واليمين على من أنكر» هو أن اليمين على من أنكر إن لم يكن للمدّعى بينه، أو لا بل يجوز إحلاف المنكر وإن كانت البينه حاضره؟ فى الوسائل « باب أن المدّعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر. . .» (۱)والنصوص الدالّه على ذلک كثيره:

ففى خبر محمد بن مسلم: « فى الرجل يدّعى ولا بينه له قال: يستحلفه. . .» .

فهـذا الخبر وارد فى مورد عـدم وجود البينه، فله اسـتحلافه حينئـذ، فالظاهر هو الوجه الأوّل، وأن ميزان المرافعه هو إقامه المدعى البينه، فإن لم يكن عنـده بينه فله اسـتحلافه، فإن ردّ اليمين على المـدعى فحلف ثبتت الـدعوى وإن نكل سـقطت. . . وأن وظيفه الحاكم هو الحكم بحسب هذا الميزان.

وفى خبر عبيد بن زراره: « فى الرجل يدّعى عليه الحق ولا بينه للمدّعى. قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق» (۲).

وفى خبر يونس: « استخراج الحقوق بأربعه وجوه: بشهاده رجلين عدلين. . .» (۳).

وفى مرسله أبان: « فى الرجل يدّعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينه. قال: يستحلف المدّعى عليه. . .» (۴).

فمفاد هذه النصوص وغيرها: أن ميزان المرافعه عند الشرع ذلک، فكيف

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۱. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ۷.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۸ / ۲.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۱ / ۴.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۲ / ۵.

نرفع اليـد عنها ونقول: إن إقامه البينه حق للمـدعى وله رفع اليـد عن حقه؟ ويؤيّد ذلك أنا لم نجد خبراً يتضـمن يمين المنكر أو استحلافه مع وجود البينه.

قال: « وقيل: يجوز وهو حسن» .

أقول: أى: يجوز الإلزام بناءاً على ما ذكرنا فى معنى « لم يقل» ، لكن القول بجواز الإلزام غير تام.

بعض أحكام البينه:

لو كان للمدّعى بينه، فهنا ثلاثه أحكام، الأوّل: ما تقدّم من قول المحقق « لم يقل الحاكم أحضرها» .

والحكم الثانى قول المحقق: « ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى» .

والحكم الثالث قوله: « ومع الإقامه بالشهاده لا يحكم إلّا بمسأله المدعى أيضاً» (1).

والدليل على هذه الأحكام الثلاثه قول المحقق فى ذيل الأوّل:

« لأـن الحق له» أى الحق للمـدعى فى هـذه الحالاـت، فله أنْ لاـ يحضـر البينه، وأن لاـ تـدلى بشـهادتها مع حضورها، وألّا يحكم الحاكم فى القضـيه بعـد إقامتها، بأن ينصـرف عن حقه، أو يرضـى بيمين المـدّعى عليه حينئذ، فإن حلف كان له الإنصـراف عن حقّه، وإن امتنع أو ردّ اليمين على المدعى، فهل على المدعى أن يحلف مع وجود البينه أو لا؟ فيه بحث.

وكيف كان، فإنه يستفاد من هذه الأحكام مطلب آخر، وهو أن للمدعى أن

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۵.

يطالب المدّعى عليه باليمين بعد إقامه الشهاده وقبل حكم الحاكم له، إلا أنا ذكرنا سابقاً أن المنسبق من قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان» بضميمه أدلّه « البيّنه على من ادّعى واليمين على من ادعى عليه» أنه لو كان للمدّعى بينه على دعواه، فلا تصل النوبه إلى مطالبه خصمه باليمين، فهو وإن كان له الإنصراف عن حقّه لقاعده السلطنه، أما كون التخيير بين إقامه البينه وبين المطالبه بيمين المنكر حقاً له، فغير معلوم، بل لا يبعد أن يكون من جمله الأحكام المقرره لمجلس القضاء وفصل الخصومه أن يطالب الحاكم المدعى بإقامه البينه، فإن لم تكن عنده فيطالب المنكر باليمين، فليس تخيير المدعى بين الأمرين حقاً له، كما أنه ليس من حقوق الحاكم أن يطلب من المنكر اليمين مع وجود بينه المدعى، خلافاً لمن قال بذلك.

هذا، ولكن ظاهر بعض الأخبار - كروايه ابن أبى يعفور - هو تخيير المدعى فى ذلك، فقد جاء فيها: « إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت: وإن كانت عليه بيّنه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسين قسامه ما كان له وكانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه» (۱).

فهى ظاهره فى وجدانه البينه قبل رضاه بيمين المنكر، إلا أنها غير ظاهره فى كون ذلك بعد إقامه البينه وقبل الحكم.

والمستفاد من روايه أبى العباس: « إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۴/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۹.

علیه یمین» (۱)أنه لا أثر لردّ الیمین بعد إقامه البینه بل یحکم الحاکم له.

وفی روایه محمد بن مسلم قال: « سألت أبا جعفر علیه السلام عن الرجل یقیم البینه علی حقه هل علیه أن یستحلف؟ قال: لا» (۲).

فإن کان لفظ « یستحلف» مبنیّاً للمعلوم، کان المعنی أنه لیس علیه أن یستحلف المنکر، وإن کان مبنیّاً للمجهول، کان المعنی أنه مع إقامه البینه علی حقّه لا یستحلف المدعی مع البینه، والثانی هو الظاهر.

وفی روایه القاسم بن سلیمان عن عبید بن زراره: « فی الرجل یدّعی علیه الحق ولا بینه للمدّعی. قال: یستحلف أو یردّ الیمین علی صاحبه، فإن لم یفعل فلا حقّ له» (۳).

وفی روایه یونس: « فإن لم یکن شاهد، فالیمین علی المدّعی علیه، فإن لم یحلف وردّ الیمین علی المدعی فهی واجبه علیه أن یحلف» (۴)فإن مفهومها أنه إن کان له شاهد فلا یمین علی المدّعی علیه.

فالحاصل: إن له المطالبه بیمین المنکر مع وجود البینه بمقتضی روایه ابن أبی یعفور، وأما أن یفعل ذلک بعد إقامه الشهاده فلا دلیل علیه، بل مقتضی أدلّه الحکم مثل «فَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۵)وجوب الحکم علی الحاکم حینئذ.

ص:۳۰۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۴۳/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۸.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۴۳/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۴۱/۴. أبواب کیفیه الککم، الباب ۷. و « القاسم بن سلیمان» من رجال کامل الزیارات.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۴۱/۴. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۷.

۵- ۵) سوره ص ۳۸: ۲۶.

وظاهر عباره (الجواهر) أخيراً هو اختيار هذا الوجه حيث قال: « لكن قد يقال: إن له الحكم وإن لم يسأله المدعى، لأن ذلك منصبه ووظيفته. . .» (۱).

فإن كان المدعى جاهلاً أو غافلاً عن أنه ما لم يحكم الحاكم لم يثبت حقه، فهل على الحاكم تنبيهه أو تعليمه ذلك كى يأذن بحكمه فيحكم، أو لا يلزم عليه ذلك فلا يجب أن يحكم؟ وجهان.

ثم إن التمس المدّعى سؤال الحاكم البيّنه، فهل للحاكم أن يأمرها بالشهاده أو ليس له ذلك؟ ذهب إلى الثانى جماعه وقالوا: له أن يقول: من كان عنده شهاده فلا يكتمها، لأن الأمر بالشهاده قد يوهم الإدلاء بالشهاده وإن لم تكن عن علم. ولكن هذا لا يمكن المساعده عليه، إذ لاـ يكون معنى الأمر بالشهاده ما ذكروا، ولا يتوهّمه أحد، بل إن عليه أن يأمرهما بالشهاده لو احتمل كتمانها، من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، فالحق هو القول الأوّل.

حكم جرح المدّعى عليه البيّنه:

قال المحقق قدّس سرّه: « وبعد أن يعرف عداله البيّنه يقول: هل عندك جرح؟ . . .» (۲).

أقول: وكيف كان، فإن اُقيمت الشهاده وعرف الحاكم عداله البينه، فإن قال للمدّعى عليه: هل عندك جرح؟ فأجاب: نعم، وسأل الإنظار فى إثبات الجرح، أنظره الحاكم ثلاثه أيام، وإن قال: لا، حكم للمدّعى. . . .

لكن فى الروايه (۳)إمهاله أمداً يحضر فيه الجارح، بل هو مقتضى أدلّه

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۹۲.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۸۵.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۱/۱. أبواب آداب القاضى، الباب ۱.

القضاء، ولعلّه لـذا احتمل فی (کشف اللثام) (۱)تنزیـل إطلاق العباره علی ما إذا کانت البیّنه فی محلّ بعیـد بحیث لا تحضـر فی ثلاـثه أیام، واعترض علیه فی (الجواهر) (۲)ووجّه العباره بأن التأخیر ثلاثه أیام لقاعده لا ضـرر ولا ضـرار، إلا أنه کلام لا یمکن قبوله، لأـن الخصم علی حجته، فمتی أثبت الجرح بطـل الحکم وسـقطت الـدعوی، فلو انقضت الثلاثه أیام وأثبت الجرح کشـف عن بطلان الشـهاده وأن الحکم الصادر لم یکن علی طبق الموازین الشـرعیه، أی: إن العداله المعتبره فی الشاهد هی نظیر العداله المعتبره فی شاهد الطلاق، لا العداله المعتبره فی إمام الجماعه.

ویحتمل أن وجه تحدید الأصحاب الأمد بثلاثه أیام هو: أن المستفاد من الروایه کون الأمر بید الحاکم، وحینئذ، فمقتضی الحکم بالحق والعدل هو الإنظار ثلاثه أیام، لا أنه یکون ذلک بلحاظ قاعده لا حرج أو قاعده لا ضرر.

قال: « فإن تعذّر الجرح حکم بعد سؤال المدعی» (۳).

أقول: إن تعـذر الجرح مـده الإنظـار - وهی ثلاثه أیام - أو الأمـد الـذی یمکن الإتیان بالبیّنه فیه بحسب المتعارف علی اختلاف الموارد، حکم علیه الحاکم بعد سؤال المدعی ذلک عند المحقق.

حکم ما لو کانت الدعوی علی المیت:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا یستحلف المدعی مع البینه إلاّ أن تکون

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۱۰۴.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۱۹۳.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۸۵.

الشهاده علی میّت. . .» (۱).

أقول: فی هذا الفرع حکمان:

الأوّل: إنه لا یستحلف المدّعی مع البینه، والدلیل علی ذلک الإجماع المدّعی، مضافاً إلی النصوص الوارده فیه، مثل خبر محمد بن مسلم إذ قال: « سألت أبا جعفر علیه السلام عن الرجل یقیم البینه علی حقه، هل علیه أن یستحلف؟ قال: لا» (۲).

وخبر أبی العباس عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « إذا أقام الرجل البیّنه علی حقّه فلیس علیه یمین، فإن لم یقم البینه فردّ علیه الذی ادّعی علیه الیمین، فإن أبی أن یحلف له فلا حق له» (۳).

لکن فی الخبر فی وصیّه أمیر المؤمنین علیه السلام لشریح: « وردّ الیمین علی المدعی مع بیّنته، فإن ذلک أجلی للعمی وأثبت للقضاء» (۴)ولکنه لیس بحجه، لضعفه، ولم یأخذ به أحد من الأصحاب، فضعفه غیر منجبر، وقد حمل علی بعض الوجوه، ولکن الأولی فی الجواب عنه ما ذکر.

وبالجمله: فالحکم فی الفرع الأوّل خال عن الإشکال.

والحکم الثانی: إنه لو کانت الشهاده علی میت اُستحلف المدعی علی بقاء حقّه فی ذمّه المیت استظهاراً، قال فی (الجواهر) (۵): بلا خلاف أجده فیه بین من

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۳/۱. أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعوی، الباب ۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۳/۲. أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعوی، الباب ۸.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۱۱/۱. أبواب آداب القاضی، الباب ۱.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۰: ۱۹۴.

تعرّض له، كما اعترف به غير واحد، والعمده فى الاستدلال عليه هو النصوص مثل:

ما رواه عبـد الرحمن بن أبى عبـد اللّه قال: « قلت للشـيخ: خبّرنى عن الرجل يـدّعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه. قال: فيمين المـدّعى عليـه، فـإن حلـف فلاـ حق له، وإن ردّ اليمين على المـدعى فلم يحلـف فلاـ حـق له [وإن لم يحلـف فعليه] وإن كـان المطلوب بالحق قـد مات فأُقيمت عليه البينه، فعلى المـدعى اليمين باللّه الذى لا إله إلاّ هو، لقد مات فلان وإن حقه لعليه وإلاّ فلا حق له، لأنا لا نـدرى لعلّه قد أوفاه ببينه لا نعلم موضـعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينه، فإن ادّعى بلاـ بينه فلاـ حق له، لأـن المـدّعى عليه ليس بحى، ولو كان حيّاً لأُلزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (١).

وبالجمله، فلا إشكال فى أصل الحكمين المذكورين، إنما الكلام فى جهات:

[الأولى]: هـل البينه فى الـدعوى على الميت ساقطه عن الحجيه إلا إذا ضمّ إليها اليمين، أو أنها باقيه على حجيتها ولكن وجبت اليمين على المـدعى معها، من جهه أن المـدّعى عليه لو كان حيّاً وادّعى وفاء الدين وأنكر هو ذلك، لوجبت عليه اليمين؟ وثمره هـذا البحث واضـحه، إذ على الأوّل، لا حجّيه للبيّنه بـدون اليمين مطلقاً، وأما على الثانى، فيترتب الأثر على البينه لو كان معـذوراً عن اليمين.

[الثانيه]: هل يمكن التعدّى عن مورد السؤال فى النصوص إلى غيره أو لا؟

للتعدّى عن مورد النص أنحاء، كالتعدّى عن احتمال الوفاء إلى احتمال الإبراء، أو الوفاء بواسـطه غيره فى حياته، أو بواسطه وصيّه بعد موته.

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣۶/١. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ۴.

وكالتعدّى عن الدائن إلى وليّه، بأن نقول لا يشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن، بل تسمع حتى لو أقامها وليّه أو وصيّه.

وكالتعدّى عن الدين إلى العين.

وكالتعدّى عن البينه إلى الشاهد الواحد واليمين.

[الثالثه]: إنه بناءاً على عدم التعدّى عن مورد النص إلى الموارد المذكوره، فلو ادّعى عيناً على ميّت، فهل تسمع دعواه وتكفى البينه أو الشاهد الواحد مع اليمين لإثباتها أو لا تسمع أصلًا؟ وبناءاً على التعدى والإلحاق، فهل تسمع دعواه لو كان معذوراً عن اليمين، ويكتفى لإثباتها بالبينه أو هى حينئذ ساقطه؟

[الرابعه]: هل الوجوه والإحتمالات التى يذكرها الإمام عليه السلام فى جواب عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه تقتضى قصور حجيه البينه فى الدعوى على الميت؟ .

أقول: إن التعدى والخروج عن مورد النص إلى الموارد الاخرى يحتاج إلى القطع بملاك الحكم الوارد فى النص، ووجود ذلك الملاك بالقطع واليقين فى غيره، أو الإستظهار من نفس اللّفظ، أو العلم بعلّه الحكم بمناسبه الحكم والموضوع، فيحكم به فى كلّ موضوع وجدت فيه تلك العلّه، وأما تعديه الحكم من موضوع إلى آخر من باب « حكم الأمثال فيما يجوز وفيما لا يجوز واحد» فهو قياس باطل، وأما تنقيح المناط فالمعتبر منه القطعى، وتحصيله مشكل.

فالمتعيّن هو الاستظهار من النصوص والدقّه فيها للوصول إلى أحكام الفروع المشار إليها فى الجهات المذكوره. . .

ففى خبر عبد الرحمن: «. . . فإن كان المطلوب بالحق قد مات فأُقيمت عليه البينه، فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا إله إلاّ هو لقد مات فلان وإن حقه لعليه، فإن

حلف وإلاّ فلا حق له، لأنا لا ندری لعلّه قد وفّاه ببیّنه لا نعلم موضعها أو بغیر بینه قبل الموت، فمن ثم صارت علیه الیمین مع البیّنه، فإن ادّعی ولا بیّنه فلا حق له، لأن المدّعی علیه لیس بحی، ولو کان حیاً لأُلزم الیمین أو الحق أو یردّ الیمین علیه، فمن ثم لم یثبت له علیه الحق» (1). وهو ظاهر فی أن یکون المدّعی نفس صاحب الحق لا ولیّه أو وارثه أو وصیه.

اللهم إلاّ أن یقال بأن ما ذکره الإمام علیه السلام فیه هو علی سبیل التمثیل، ولکنه مشکل.

وأما دعوی الإطلاق فی « المطلوب بالحق» فمشکل أیضاً، لا سیما بالنظر إلی ما جاء بعده من قوله: « فعلی المدعی الیمین. . . وإن حقه لعلیه» .

وکذا التمسک لذلک بالتعلیل المذکور فی الخبر، وهو قوله علیه السلام « لأنا لا ندری لعلّه قد وفّاه ببینه لا نعلم موضعها. . .» بأن نقول بأنه فی کلّ مورد لا ندری لعلّ المدّعی علیه قد وفّی ما للمدّعی ببینه کذلک وجبت الیمین لإثبات الحق، سواء کان الحالف المدعی نفسه أو ولیّه أو وصیّه أو وارثه، إذ یحتمل کون هذا الکلام تعلیلاً للحکم بوجوب الیمین علی المدعی نفسه.

نعم، لا مانع من التمسک به للتعدّی عن الدین إلی العین، وعن الوفاء إلی الإبراء ونحوه.

وبالجمله، لا نتمکّن أن نستفید من هذه الروایه جواز حلف الولی أو الوصی أو الوارث - مثلًا - بدلاً من المدّعی، کما أنه لیس عندنا دلیل یدلّ علی جواز یمین أحد بدلاً عن غیره، بل من المسلّم به أن الیمین حجه للحالف فقط، ولا

۱- ۱) تقدم تخریجه ص: ۲۸۵.

أثر ليمين غير ذى الحق وإن كان وليّه وكان عالماً بالواقع، وسيأتى وجهه فى محلّه إن شاء اللّه تعالى.

وهل يتعدّى الحكم من الميت إلى الغائب والطفل والمجنون؟

قولان، ذكرهما الشهيد الثانى قدّس سرّه فى (المسالك) (١)واختار العدم تبعاً للمحقق وخلافاً للأكثر.

وكيف كان، فعلى التعدّى لا حجيه للبيّنه إلا بضمّ اليمين إليها، وكذا فى الموارد التى لا يتمكّن المدعى من اليمين لأنها حقّه ولا يتولاّـه غيره، وقـال جمـاعه: بـأنه إن وجب الجمود فى كيفيه اليمين على ظاهر اللفظ الوارد فى الخبر فهو، وأما إن كان المراد هو اليمين بحسب حـال الحالف - كما هو ظاهر الخبر الآخر - فلا مانع من يمين الولى - مثلًا - حيث يقيم الـدعوى بـدلاً عن الطفل المولى عليه على الميت، فيحلف باللّه الـذى لا إله إلاّ هو لقد مات فلان وإن حق هذا الطفل لعليه، إن كان عالماً بذلك، وإلاّ لم يحلف، فإن ادّعى وارث الميت على الولى العلم بأن الميت قد وفّى الطفل حقه، كان له أن يحلف على نفى العلم بذلك.

ولو فرض كون الولى عالمـاً بـأداء الميت حق الطفـل، لم يجز له المطـالبه بشـى، ولكن هـذا لا يمنع الطفل من المطالبه بحقه عند كبره.

هذا كله بناءاً على القول بسقوط البينه عن الحجيّه ما لم تضم إليها اليمين، وإن كان المدعى غير متمكن منها، إلا أن المختار أنه فى الفرض المذكور يعتمد على البينه ويحكم له بها.

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٢.

ثم إن صاحب (الجواهر) (١)قدّس سرّه لما كان يميل إلى القول بالتعدّى بالنسبه إلى بعض الموارد، اعترض على معاصره القائل بكفايه البيّنه فيما لو ادّعى وارث ميت على ميت آخر – لأن الدليل إنما يدلّ على ثبوت اليمين على نفس المدعى، فيبقى ما عداه على الأصل، وأقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفى العلم – بأن ظاهر الفتوى والنص – خصوصاً الصحيح – كون ذلك – أى البينه مع اليمين – هو الحجه على الميت، فيتّجه حينئذ سقوط الحق.

أقول: مراده من « الصحيح» هو صحيحه الصفار: « كتب محمد بن الحسن الصفار إلى أبى محمد الحسن بن على عليه السلام، هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه السلام: إذا شهد معه آخر عدل، فعلى المدعى يمين. وكتب: أيجوز للوصى أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقّع عليه السلام: نعم، وينبغى للوصى أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهاده. وكتب: أو تقبل شهاده الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه السلام: نعم من بعد يمين» (٢).

ثم قال قدّس سرّه « إلاّ أنه – كما ترى – مناف لمذاق الفقه، فقد يقال إن للوارث الحلف على مقتضى الإستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد. لكن هو – مع أنه كما ترى أيضاً، خصوصاً إذا كان المستصحب غير معلوم له وإنما شهدت به البينه – لا يتم فى الوصى الذى لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير، اللهم إلاّ أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتاً، بل هو شرط فى حجيه البينه التى هى فى الحقيقه المثبته،

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٦ – ١٩٧.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٧١/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٨.

أو يقال بالإكتفاء بيمين الوارث مع البينه فى إثبات مفادها الذى لا فرق فيه بين متعلق الوصايا والإرث، لأنها من الحجه المثبته للموضوع فى نفسه (١).

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كلّ واحد من الورثه، بل يكفى يمين واحده من أحدهم، لأن مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحده فى تماميّه حجيه البينه التى قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء وإن أقامها أحدهم، فتأمل، فإنه دقيق نافع وإن كان لا يخلو من بحث، ضروره كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد، فلا يكتفى بها لغير ذى الحق.

بل قد يناقش فى قبول اليمين من الوارث لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء والإبراء ونحوهما، ولا يكون منه على البت لأنه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت فى يمين الإستظهار يتّجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولاً، بل قد يؤيّد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الأمارات على وجه لا وثوق بشى منها» .

قلت: لكن الشك فى ثبوت الحق وعدمه مسبب عن الشك فى تخصيص أدلّه حجيه البينه زائداً على القدر المتيقن، وقد تقرّر فى محلّه جريان الأصل فى السبب، فلو أريد الرجوع إلى الأصل فى هذا المقام، كان المرجع أصاله عدم التخصيص الزائد لأدلّه حجيه البينه، ويكون الحاصل حجيتها فى المورد، من غير توقّف على ضم، اليمين إليها.

ثم قال رحمه اللّه « نعم، قد يقال - بعد استبعاد سقوط الحق مع البينه العادله خصوصاً مع قطع الوارث بالحق، بل يمكن دعوى معلوميه خلافه ولو بالسيره

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٧.

القطعيه، واستبعاد سقوط اليمين فى الدعوى على الميت مع ظهور النص والفتوى فيه - إن المتجه إلزام الوارث باليمين على نفى العلم باستيفاء مورثه أو إبرائه» (۱).

لكن فيه: أن اليمين على نفى العلم تفيد فيما إذا كان عدم علم الوارث مؤثراً، وهنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو إبرائه إياه، إذ لا ملازمه بين عدم علمه بذلك وثبوت الحق، والمفروض أن هذه اليمين هى للإستظهار، وحيث لا أثر لهذه اليمين، فإن المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص ولو بالسيره القطعيه، فلابدّ من الأخذ بالبينه.

ومن فروع المقام ما ذكره فى (المسالك) بقوله: « لو أقرّ له قبل الموت بمدّه لا يمكن فيها الإستيفاء عاده، ففى ضمّ اليمين إلى البينه وجهان، من إطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو إبراؤه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت، ومن البناء على الأصل والظاهر من بقاء الحق. وهذا أقوى» (۲).

قلت: والصحيح هو الوجه الثانى، وأمّا ما أورد عليه فى (الجواهر) من أنه مناف لإطلاق صحيح الصفّار، ففيه: أن التعليل الموجود فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه حيث قال عليه السلام: « لأنا لا ندرى لعلّه قد وفّاه. . .» يقيّد إطلاق صحيح الصفّار، فلا يشمل هذا المورد الذى نعلم بعدم وفاء الميت للحق. . . ومما ذكرنا يظهر الإشكال فى قوله بعد ذلك: « مع أن ظاهر الصحيح المزبور التعبد» لأنه لا مجال لهذا الاستظهار مع وجود التعليل المذكور الذى يقتضى كون اليمين للاستظهار.

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۹۸.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۳: ۴۶۳.

قال: ثم إن ظاهر قوله: « وقبضه من ماله ولو بعد الموت» مراعاه نفى الاحتمال بعد الموت أيضاً، لكن ظاهر اليمين فى الخبر المزبور اعتبار نفيه إلى حين الموت دون ما بعده.

أقول: لكن مقتضى التعليل فى الخبر هو العموم لما بعد الموت.

أحكام قيام البينه على الغائب والصبى والمجنون:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو شهدت على صبى أو مجنون أو غائب، ففى ضمّ اليمين إلى البينه تردد، أشبهه أنه لا يمين، ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال» (١).

أقول: ذكروا أن للحاكم أو عليه أن يدفع من مال الغائب إلى المدعى، وهذا سواء قلنا بأن اليمين شرط حجيه البينه هنا أو لم نقل بذلك، فإنه بعد قيام الحجه على الحكم وتماميّه الحكم من قبل الحاكم، يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن بعد تكفيل القابض بالمال، لأن الغائب على حجته، فلو حضر وظهر براءه ذمته من الحق المدّعى، استرجع المال المأخوذ منه إليه. . . .

وهل المراد من الكفاله هنا هو الضمان؟

إن الضمان المصطلح فى الدين هو: أن يضمن الشخص للدائن طلبه من المدين، فينتقل الحق من ذمه المدين إلى ذمه الضامن، ويكون هو المطالب بالحق فى حال عدم وفاء المدين بالحق، لكن يشكل، أن يكون المراد من التكفيل هنا هذا المعنى، لعدم ثبوت اشتغال ذمه القابض - فلا معنى لأن يضمنه غيره، لأنه من قبيل ضمان ما لم يجب وهو باطل - وإن لم يكن عندنا قطع بعدم اشتغال الذمه، وأما العين،

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨۵.

فإن ضـمانها يكون بنحو التعهّـد لأخـذها وردّها إلى صاحبها. وحينئذ يقع الشك فى هذا المورد، لأنه - لما يدعى المدعى الحق على الغـائب ويقيم البينه على ذلـك ويحكم الحـاكم له، ويـدفع إليه من مـال الغـائب بقـدر الحق بعـد تكفيل القابض بالمال لما ذكرنا - يشك فى أنه هل يصح ضمان الدين المشكوك. وبعباره أخرى: هل يصح أن يضمن الحق على تقدير ثبوته؟

هـذا فى غير مـا نحن فيه مشـكل، لكن لمّا لم يكن ما نحن فيه من قبيل ضـمان ما لم يجب، أمكن الضـمان فيه على تقـدير، نعم، يبقى فيه إشكال أن الإنشائيات يشترط فيها التنجيز ولا يصح التعليق، إلا أن يدفع بأن التعليق هو فى المنشأ لا فى الإنشاء.

هـذا، ولا حاجه إلى ذكر دليل على جواز دفع الحاكم من مال الغائب إلى المدعى، لوضوح أن ذلك هو الأثر المترتب قهراً على البيّنه وحكم الحاكم بالحق، وأما التكفيل فدليل القول به هو النص، وإلا لم تكن حاجه إليه بعد ثبوت أن الغائب على حجته وأنه يسترجع ماله فيما إذا حضر وثبت براءه ذمته، والنصّ المشار إليه هو:

مـا رواه الشـيخ بإسـناده عن أبى القـاسم جعفر بن محمـد، عن جعفر بن محمـد بن إبراهيم، عن عبـد اللّه بن نهيك، عن ابن أبى عمير، عن جميـل بن دراج، عن جمـاعه من أصـحابنا عنهما عليهما السـلام: «الغائب يقضـى عليه إذا قامت عليه البينه، ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم. قال: ولا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلا بكفلاء» (۱).

ويمكن أن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل، لكن فى (الجواهر) أنه لم يعثر

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۴/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۶.

على قائل به، ولعلّ وجه عدم القول بذلك جعلهم العباره نظير قولهم: إذا شهد عليه المسلمون فكذا، حيث يراد بذلك المسلم، وكذا قولهم: يشترط إذن العلماء فى كذا، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء.

قال فى الوسائل: وعنه، عن أبيه، عن سعد بن عبد اللّه، عن أيوب بن نوح، عن محمد بن أبى عمير، عن جميل مثله.

ونحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، لكن فيه: «إذا لم يكن مليّاً» (۱)فإنه ظاهر فى تكفيل القابض إذا لم يكن مليّاً، وأما إذا كان ملّياً فلا يجب.

ولعلّ الوجه فى ذلك أنه إن كان فقيراً ولم يؤخذ كفيل، ضاع حق الغائب على تقدير براءه ذمته، لأن المفروض إفلاس المدعى، والمفلس فى أمان اللّه. ومن هذه الروايه يعلم أيضاً أن المدّعى يكفل من جهه المال الذى يأخذه لا من جهه شخصه، ولذا لو أقام المدّعى عليه البينه على براءه ذمته، أخذ الحاكم حقه وأرجعه إليه وإن لم يكن المدّعى حاضراً.

هذا، وليس فى الروايات ذكر لليمين، ومن هنا يتوجّه القول بعدم لزومها هنا. ولو سلّم عموم التعليل فى روايه الدعوى على الميت الدالّه على لزوم اليمين فى تلك الصوره لما نحن فيه، كانت روايات هذا المقام مخصصه لتلك الروايه، وتكون النتيجه لزوم اليمين فى كلّ مورد جهل حال المدّعى عليه من جهه أداء حق المدّعى إلا الغائب، فلا يلزم فى الدعوى عليه ضم اليمين إلى البينه، إلا أن يقال بلزومها هنا

---

۱ – ۱) قال فى الوسائل ۲۷: ۴۹۴/ ذيل ح۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۶، بعدما رواه عن جميل: وبإسناده عن أحمد بن محمد عن على بن الحسن عن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام نحوه وزاد: «إذا لم يكن ملياً» . ورواه الكلينى عن أحمد بن محمد عن على بن الحسن مثله.

أيضاً، من جهه أنه لاـ منافاه بين اشتراط اليمين هناك، واشتراط الكفيل هنا وعدم ذكر اليمين هنا لا ينفى لزومها، بل إن المراد من البيّنه هو البيّنه مع اليمين، ولكن هذا الإحتمال خلاف الظاهر، لأن ظاهر الأدلّه كفايه البيّنه بوحدها.

هذا، وجميل من أصحاب الإجماع، والروايه معمول بها عند الأصحاب، فلا يقدح إرسالها فى حجيتها (١).

ثم إن صاحب (المسالك) قال فى شرح عباره المحقق قدّس سرّه: وإنما اعتبر المصنف الكفيل، لأنه لم يوجب عليه اليمين مع البينه، فجعل الكفيل عوضاً عنه لاحتمال براءه الغائب من الحق على وجه لا تعلمه البينه، ومن أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل إلا على تقدير تعذّرها، كما لو كان المدعى على الغائب وكيل المستحق، فإنه لا يجوز إحلافه فيستظهر بالكفيل، ولا شك فى أن الكفاله واليمين احتياط واستظهار، إلا أن ثبوتهما يحتاج إلى دليل (٢).

وقد استغرب صاحب (الجواهر) صدور هذا الكلام منه قائلًا بأنه (٣): لو اشترطنا اليمين، فإنه متى تعذّرت عليه - كما لو كان المدعى على الغائب وكيلًا - لزم القول بعدم ثبوت الدعوى لا التكفيل عوضاً عن اليمين، إلا أن يقول بأن هنا روايتين، إحداهما تفيد الإستظهار بالكفيل، والاخرى تفيد الإستظهار باليمين، وفيما

---

١ - ١) فيه ردّ على المحقق الأردبيلى قدّس سرّه (مجمع الفائده ١٢ : ٢٠٤) حيث طعن فيها بالإرسال، وقد طعن فيها أيضاً بمجهوليه « جعفر بن محمد بن إبراهيم» و « عبد اللّه بن نهيك» قلت: أما « ابن نهيك» فهو ثقه، وأما « جعفر بن محمد بن إبراهيم» وهو الموسوى فلم ينص علماء الرجال فيه على وثاقه، لكنه من رجال كامل الزيارات. وكيف كان، فالظاهر صحه الطريق الثانى، وأما الطعن بالإرسال فقد تقدم الجواب عنه بناء على ما اشتهر من تصحيح الأصحاب لما يصح عن تلك الجماعه.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٤.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٠٣.

نحن فيه يمكن التمسک بکلّ منهما ولا يجمع بين الأمرين، بل إن حلف فلا يکفّل، وإن كفل فلا يحلّف، وأورد عليه فى (الجواهر) بأنه: لا مانع من الجمع بين الأمرين، ومن هنا اعتبر فى (القواعد) ضم اليمين إلى التكفيل (۱).

(قال) : ولكن لا يجب شيء من الأمرين، لا فيما نحن فيه ولا فى صوره الدعوى على الميت، بل إن القضيه تتم بحكم الحاكم، بعد قيام البينه، وأما اليمين والكفيل فللإحتياط والإستظهار.

أقول: يتوجّه هذا الكلام فى خصوص كون المدّعى عليه غائباً، لأن الروايه الدالّه على اعتبار ضم اليمين إلى البينه فى حال كون المدّعى عليه ميتاً، تختص بموردها ولا تشمل محلّ الكلام، وحينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الإحتياط والإستظهار، وقد استفاد فى (الجواهر) (۲)أن أخذ الكفيل فى حال عدم الملاءه - كما فى روايه محمد بن مسلم - هو للإستظهار أيضاً، وأنه ليس الحكم متوقفاً على التكفيل، ولكن ظاهرها توقف دفع المال إليه فى هذه الحاله على التكفيل.

وعن الأردبيلى قدّس سرّه (۳)الإشكال فى دفع المال إلى المدّعى، لأنه قد يستلزم الضرر على الغائب، وأن الخبر غير عام، فينبغى الاقتصار على موضع الوفاق، وهو فيما إذا علم الخصم بأنه إذا لم يحضر يحكم عليه وهو غائب، لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه.

أقول: لكن الظاهر أنه فى مثل هذا الحكم الذى يستلزم الضرر غالباً، لا يمكن القول بحكومه أدلّه لا ضرر.

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۴۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۳.

۳- ۳) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۲۰۵.

هذا کلّه بالنسبه إلی الغائب، وکذلک المجنون والصغیر، فإنه بنفس البیّنه یحکم الحاکم علی ولیّهما بدفع حق المدعی، من دون حاجه إلی ضمّ الیمین إلی البیّنه، لعدم شمول روایه اعتبار الیمین الوارده فی خصوص المیت لهما، وقیاسهما علیه باطل بالضروره، فالأشبه أنه لا یمین، وفاقاً للمصنف وجماعه.

حکم ما لو ذکر المدعی أن له بینه غائبه:

قال المحقق: «ولو ذکر المدعی أن له بینه غائبه، خیّره الحاکم بین الصبر وبین إحلاف الغریم. . .» (1).

أقول: ذکر جماعه: أنه لو ذکر المدعی بعد طرح دعواه عند الحاکم أن له بیّنه علی ما یدعی ولکنها غائبه، خیّره الحاکم بین أن یصبر حتی تحضر البیّنه وبین أن یحلف غریمه المنکر، ولیس للمدّعی ملازمه الغریم ولا مطالبته بکفیل.

ولیس فی عباره المحقق قدّس سرّه ذکر لمدّه الصبر، وأما التخییر بینه وبین إحلاف الغریم فهو مقتضی القاعده، ولا حاجه إلی دلیل خاص یدلّ علیه، لأن الخیار بیده وأن یمین الغریم حق ثابت له، بل له اختیار إحلاف الغریم حتی مع حضور البینه.

هذا ما ذکره المحقق قدّس سرّه هنا، لکن فی (النافع) (2): «ولو قال: البینه غائبه، أُجّل بمقدار إحضارها، وفی تکفیل المدّعی علیه تردّد، ویخرج من الکفاله عند انقضاء الأجل» .

وقد ذکر الشهید الثانی قدّس سرّه فی (المسالک) أدلّه الطرفین، فدلیل عدم

1- 1) شرائع الإسلام ۴: ۸۵.

2- 2) المختصر النافع: ۲۸۱.

لزوم أخـذ الكفيـل هو: أن الأصـل براءه ذمه المـدّعی علیه من إعطـاء الکفیـل، ولا دلیل علی جواز الإلزام بإعطاء الکفیل، ودلیل اللزوم: إحتمال ضرر المدعی، فیدفع الضرر بأخذ الکفیل. قال فی (المسالک) : وهو الأحوط (۱).

إذن، فی المسأله ثلاثه أقوال.

وقد أشکل فی (الجواهر) (۲)فی التأجیل بأنه لا ثمره له، لأنه إن أحضـر البینه بعد انتهاء المده، سـمعت الشهاده بلا خلاف، ولم یقـل أحـد بأنه یجبر علی الإحلاف بعـد المـدّه مع عـدم حضور الشاهـدین، وإن کان المراد تعیین الأجل للکفاله، بناء علی جواز أخـذ الکفیـل، کـان له وجه، وتکون الثمره خروجه من الکفاله عنـد انقضاء الأجل، ولکن هـذا لا یتلائم مع عباره (النافع) حیث تردّد فی أخذ الکفیل، فیکون التأجیل لغواً.

لکن فی قول أمیر المؤمنین علیه السـلام لشـریح: « إجعل لمن ادّعی شـهوداً غیّباً أمداً بینهما، فإن أحضـرهم أخذت له بحقّه، وإن لم یحضرهم أوجبت علیه القضیّه» (۳)دلاله علی لزوم تعیین الأجل، فمع انقضائه لم یمهل، إلا أنه لا قائل بـذلک، فالأولی حمله علی مجرد الإمهـال حـتی حضـور البینه، مع احتمـال حمله - وإن کـان بعیـداً - علی کون الشـهاده علی جرح بینه المـدعی بعد إقامتها، فیجعل لإحضار شهود الجرح أمد حتی لا یبقی النزاع بینهما.

وهذا کلّه لو فرض تمامیّه سند الخبر.

وهل یلزم التکفیل؟ استدلّ للعدم بأن المدعی قد اختار الصبر حتی حضور

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۴۶۵.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۲۰۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۱۱/۱. أبواب آداب القاضی، الباب ۱.

البینه، فلاـ وجه لإلزامه المـدّعی علیه بإعطاء الکفیل أو ملازمته إیّاه أو المطالبه بحبسه، لأن حق المـدعی غیر ثابت، فکیف یقال بإضرار المدّعی علیه فعلًا، کأن یحبس أو یلازم، دفعاً للضرر المحتمل توجّهه علی المدعی.

فإن قیل: إذن، یؤخذ منه الکفیل، لأنه إن کان ضرراً علی المدّعی علیه، فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه إلی المدعی.

قلنا: إن قاعـده نفی الضـرر لیست مشـرعه، بل إنها قاعـده ثانویه ترفع الحکم الأولی المجعول حالکونه ضـرریاً، وفیما نحن فیه لا حکم شرعی مجعول ترفعه قاعده نفی الضرر لکونه ضرریاً.

فإن قیل: إن حرمه الإلزام بالکفیل حکم ضرری، فترفعه القاعده ویحکم بالجواز.

قلنا: إن هذا المعنی یستلزم الضرر الکبیر علی المدّعی علیه، ولا معنی لدفع ضرر أحد الشخصین بضرر الآخر.

وأما کون أخـذ الکفیل هو الأحوط کما فی (المسالک) (1)ففیه: أن الأـحوط هو العکس، لأن معنی الإحتیاط هو الإتیان بالفعل مثلًا لأجل التیقّن بفراغ الـذمه علی کلا احتمالی الوجوب والاستحباب، وأما هنا، فإن فی أخـذ الکفیل ضـرراً فعلیّاً علی المـدّعی علیه، وفی عـدمه ضـرر احتمالی علی المدعی، فالأحوط عدم أخذ الکفیل منه، لأنه فی حال ترک الأخذ یعلم بعدم الضـرر، وأما أخذ الکفیل فهو لدفع الضرر المحتمل، مع أنه ضرر قد أقدم علیه المدعی باختیاره الصبر، فالأحوط الترک.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۴۶۵.

وقد يفصّل بأنه إذا كان المدّعى عليه مليّاً ويمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءه ذمه الخصم، فلا يكفّل، وإلا فيكفل، والوجه في ذلك وجوب مراعاه الحاكم لأقل الضررين في حال دوران الأمر بينهما.

وهذا أيضاً ضعيف، لأنه يلاحظ أقل الضررين إن كانا متوجّهين إلى شخص واحد لا شخصين.

وعلى التكفيل، فهل يتعين في ضرب مده ثلاثه أيام كما عن ابن حمزه، أو يناط بنظر الحاكم؟ قولان.

وإن كان له شاهد واحد، وذكر أن الآخر غائب، فقد قيل بحبسه حتى يحضر الآخر، والأشبه: أنه لا وجه للحبس ولا للتكفيل، فهذا الفرع كسابقه.

٣ – الأحكام المترتبه على سكوت المدّعى عليه:

قال المحقق: « وأما السّكوت، فإن اعتمده ألزم بالجواب، فإن عاند حبس حتى يبين، وقيل: يجبر حتى يجيب، وقيل. . . والأوّل مروى. . .» (١).

أقول: إن سكت المدعى عليه أو قال: لا أدرى، فتاره: يكون سكوته لا عن عناد، بل من جهه خوف أو دهشه أو تفكير في الأمر والجواب أو نحو ذلك، فحينئذ يطمئنه الحاكم ويصبر حتى يزول خوفه، وتاره: يكون سكوته عن عناد ولجاجه، فهنا ثلاثه أقوال ذكرها المحقق قدّس سرّه:

الأوّل: الحبس حتى يبين الجواب.

الثاني: إجباره على الجواب بالضرب ونحوه.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨۵.

الثالث: أن يقول له الحاكم: إما أجبت وإما جعلتك ناكلًا ورددت اليمين على المدعى، فإن أصرّ على السكوت ردّ الحاكم اليمين على المدعى.

وهل هذا البحث والخلاف قبل إقامه المدعى البينه أو بعدها؟

يمكن تصوير ثلاث صور لهذا المقام.

الأولى: أن يقيم المدعى دعواه عند الحاكم، فيسأل الحاكم المدعى عليه عن جوابه فيسكت.

والثانيه: أن يقيم الدعوى ويطالبه الحاكم بإقامه بينه، ثم يسأل المدعى عليه فيسكت.

والثالثه: أن يقيم الدعوى ولا بينه عنده عليها، فيسكت المدّعى عليه عن الجواب.

لا ريب فى عدم كون الصوره الأولى محلّ الخلاف والأقوال.

وأما فى الصوره الثانيه، فإن علم الحاكم بعداله الشاهدين، فإنه بعد سكوت المدّعى عليه يعمل بعلمه ويحكم ويرتفع النزاع.

فظهر أن مورد الأقوال هو الصوره الثالثه، والحق: أن جواب المدعى عليه ليس حقاً للمدّعى، وأنه لا دليل على وجوبه عليه شرعاً، نعم، هو مقدّمه للعلم بالحال وفصل النزاع.

ولننظر فيما يمكن أن يستدلّ به للأقوال فى هذا المقام، فنقول:

الظاهر أنه لا نصّ فى المسأله بالخصوص، وقول المحقق والعلّامه قدس سرّهما بالنسبه إلى القول الأوّل: « والأوّل مروى» يمكن أن يكون إشاره إلى

النبوی المشـهور: « لیّ الواجد یحلّ عرضه وعقوبته» (۱)الذی ذکروا انجبار ضـعفه بعمل الأصـحاب. وقد أجیب: بأن الظاهر من « الواجـد» هو من وجد المال لا ما یعم اسـتحقاق جواب الدعوی، ویشـهد بذلک أن الإمام أمیر المؤمنین علیه السـلام کان یحبس المدین والغریم کما فی الأخبار.

أقول: وفی الاستدلال به والجواب عنه نظر.

أمـا فی الاسـتدلال، فإنّه یتوقف علی ثبوت کون الجواب واجباً علی المـدّعی علیه، إما من جهه کونه حقاً للمـدعی وإما من باب الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر، وحینئذ، فلو شککنا فی عقاب من لم یعمل بهذا الواجب أمکن الاستدلال بالحدیث، وأما مع عـدم ثبوت وجوب الجواب علیه فلاـ یجوز حبسه، کمـا لاـ یجوز حبس من یشک فی کونه مـدیناً. . . وقـد تقـدم أن فی وجوب الجواب علی المدعی علیه مطلقاً تأملاً وإشکالاً، اللهم إلا أن یکون اجماع، فسقط الإستدلال.

وأمّـا ی الجواب، فمن جهه أنه لو فرض ظهور لفظ « الواجـد» فیما ذکر، بل حتی لو صـرّح بالمال فی الکلام، فلا مانع من دعوی إلغاء خصوصـیّه المال هنا بمناسبه الحکم والموضوع، فیکون معنی الحـدیث: لیّ الواجـد عن أداء ما للناس – مالاً کان أو حقاً – یحلّ عقوبته وعرضه.

واستدل للقول الثانی: بأن إجباره علی الجواب بالضرب هو من الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر.

وفیه: إن هـذا أیضـاً متوقف علی ثبوت وجوب الجواب علیه، وإلاـ فـإن أدلّه وجوب الأـمر بالمعروف والنهی عن المنکر لا تثبت موضوع المعروف والمنکر. . .

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸: ۳۳۳/۴. أبواب الدین، الباب ۸.

واستدل للقول الثالث: بعموم الروايات الوارده فى باب « أن المدعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر، فإن ردّ اليمين على المدعى فحلف ثبتت الدعوى وإن نكل بطلت» كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: « فى الرجل يدعى ولا بينه له. قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (۱).

وبالروايه الوارده فى الأخرس (۲)، إذ المستفاد منها أن الإنكار غير لازم، بل يكفى لثبوت حق المدعى امتناع المدعى عليه من اليمين، ولكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجىء شبهه القياس.

وبروايه عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه (۳).

فالأظهر هو القول الثالث، وإن قال بالأول جماعه كبيره من الأصحاب.

وقد يستدلّ للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين، لأن المدّعى عليه إن كان يعلم بصدق المدعى فهو مقرّ وعليه دفع ما يدّعيه، وإن كان ينكر ذلك، وجب عليه ردّ اليمين على المدّعى، وحيث امتنع من ذلك بسكوته، فإن الحاكم يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبتت دعواه وإلا سقطت، فالحاصل: أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق.

وفيه: إن الإقرار أو الإنكار لابدّ من إبرازه حتى يترتّب عليه الأثر، والعلم الإجمالى المذكور غير كاف لترتّب أثر أحد الحالين.

وقد يعترض: بأنه لو كان السكوت فى حكم النكول - كما تمسّك لذلك

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۱/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۷.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۰۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۳۳.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۶/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۴.

بالروايات العامّه - فيردّ اليمين على المدعى، كان اللّازم أن يكون مجرّد عدم جواب الصغير والمجنون والغائب والميت موضوعاً لجواز الردّ على المدعى.

وفيه: إنه قياس مع الفارق.

وأما رأى صاحب (الجواهر) (١)قدّس سرّه، فهو بقاء النزاع على حاله، فيكون بحكم الدعوى على الميت بلا بينه.

وفيه: إنه مشكل جدّاً، فإنه يؤدى إلى عدم ثبوت دعوى أبداً، ولا ريب فى بطلان نسبه هذا الحكم إلى الشارع، وعليه، فلا مناص من سماع الدعوى، ومع سكوت المدّعى عليه يحلف المدعى بمجرد ذلك أو بعد ردّ الحاكم اليمين عليه، وإن كان الثانى هو الأحوط، فإن لم يحلف سقطت الدعوى.

بل ربما يكون ما ذكرناه هو طريق فصل النزاع حتى فى صوره الحبس أو الضرب، لأنه قد لا يجيب المدعى عليه بعدهما ويكون المرجع ما ذكرنا، وعليه، فهل يجب الحبس أو الضرب مع وجود هذا الطريق الذى يحتمل سلوكه بالتالى؟ الحق: هو العدم.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو كان به آفه من طرش أو خرس توصل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفيده لليقين» (٢).

أقول: هذا إنْ لم نقل بأن إشاره الأخرس تقوم مقام لفظ المتكلم الذى يكتفى بالظن بالمراد منه، فلا حاجه إلى مترجم لتحصيل اليقين بكونه مقرّاً أو منكراً.

قال: « ولو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد. . .» .

١- ١) جواهر الكلام ۴۰: ۲۱۱.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ۸۶.

أقول: إن القول بافتقاره إلى مترجمين عدلين مبنى على أن ذلك من قبيل الشهاده، وأما بناءاً على كونه من باب الرجوع إلى أهل الخبره فى فهم اللغات مثلًا فلا يعتبر التعدد.

۴ – حكم ما لو قال فى الجواب « لا أدرى» :

إذا أجاب المدّعى عليه بقوله « لا أدرى» ، فإن كان للمدّعى بينه على دعواه فهو، وإلا فوجوه:

منها: سقوط الدعوى، لأن المدّعى – بعد فرض عدم البينه – يقرّ بأن من لا يدرى هل هو مدين أو لا، لا يجب عليه دفع شيء.

ومنها: أن يحلف المدّعى عليه بأنه لا حق للمدّعى فى ذمته استناداً إلى الأصل، فإن شك فى مشروعيه هذه اليمين وسقوط الدعوى بها، فالأصل هو العدم، ولكن تعارضه أصاله عدم استحقاق الحق.

ومنها: إن يردّ اليمين على المدّعى.

ومنها: إنه منكر وعليه اليمين بنفى العلم باستحقاق المدعى ما يدّعيه عليه، قال فى (الجواهر) : « ثم إن ظاهر حصر الأصحاب حال المدّعى عليه فى الثلاثه عدم حال آخر رابع مخالف لها فى الحكم، وحينئذ، فإذا كان جوابه لا أدرى ولا أعلم ونحو ذلك، فهو منكر، ضروره عدم كونه إقراراً كضروره عدم كونه ساكتاً فليس إلا الإنكار، وانسياق القطع بالعدم منه لا ينافى كونه فرداً آخر له، مرجعه عدم استحقاق ما يدعيه وإن لم يعلمه فى نفس الأمر، ضروره اقتضاء تعلّق الدعوى به استحقاق المدّعى به عليه، فإذا نفى العلم بسببه كان نافياً للاستحقاق المزبور الذى هو روح الدعوى عليه، وبذلك يكون منكراً لا يتوجّه عليه إلا اليمين

لموافقته للأصل وغيره، ولا ينافى ذلك ما تسمعه من الأصحاب - من غير خلاف فيه يعرف بينهم - من اعتبار الحلف على البت فى فعله نفياً وإثباتاً، المنزّل على الصوره الغالبه من الإنكار، بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصوره الثانيه، فإنه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث» (۱).

ومنها: ما ذكره السيّد قدّس سرّه - ولا يبعد كونه الأصح - وهو التفصيل بين صوره تصديق المدّعى دعوى المدعى عليه عدم الدرايه وبين صوره عدم تصديقه لها، فقال ما حاصله بلفظه (۲): « إذا أجاب المدّعى عليه بقوله: لا أدرى، فإما أن يصدّقه المدعى فى هذه الدعوى أو لا. فعلى الأوّل: إن كان للمدعى بينه على دعواه فهو وإلّا فلا حق له، لأن المفروض تصديقه فى عدم علمه، ومعه ليس مكلّفاً بالأداء فى مرحله الظاهر، لأن الأصل براءه ذمته والمدعى أيضاً معترف بذلك، فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البينه واعتراف المدعى بعدم علم الوارث، فإنه لا خلاف فى سقوط دعواه حينئذ. ويمكن أن يستدلّ على ما ذكرنا بالأخبار الوارده فى ادّعاء رجل زوجيّه امرأه لها زوج، وأنه لا تسمع دعواه إذا لم تكن بينه، كموثقه سماعه (۳)وروايه يونس (۴)وحسنه عبد العزيز (۵)، فإن المفروض فى هذه الأخبار عدم علم الزوج بصدق المدعى وكذبه، والظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجيّه وغيرها.

ص:۳۲۵

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۲۱۱ - ۲۱۲.

۲- ۲) تكمله العروه الوثقى ۳: ۱۰۴.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۰: ۳۰۰/۲. أبواب عقد النكاح، الباب ۲۳.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۰: ۳۰۰/۳. أبواب عقد النكاح، الباب ۲۳.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۰: ۳۰۰/۳. أبواب عقد النكاح، الباب ۲۳.

وعلى الثانى، فللمدّعى عليه أن يحلف على عدم اشتغال ذمّته فعلاً بحسب الظاهر، لأنه منكر من هذه الحيثيه، فالمنكر قسمان: منكر للإشتغال الواقعى، ومنكر للإشتغال بحسب ظاهر الشرع، وللمدّعى أن يحلّفه على نفى العلم إن ادّعى علمه بثبوت الحق، فإن حلف كفى فى سقوط الدعوى، وإن ردّ اليمين على المدعى أو الحاكم ردّها عليه فحلف ثبت حقه، ولكن هذا الحلف لا يوجب سقوط حقه واقعاً حتى لا تسمع منه البينه بعد ذلك ولا يجوز له المقاصّه» .

هذا إذا كانت الدعوى ديناً.

وأما إذا كانت متعلّقه بعين فى يده وأجاب المدّعى عليه بقوله: « لا أدرى» ، فقد ذكروا: أنه إن كانت تحت تصرف تلك اليد فقط، ولم تشاركها يد أخرى فى الأخذ والوضع من الصندوق الذى وضعت تلك العين فيها مثلًا، كانت اليد المنحصره حجه، وإلّا وجب على المدعى إقامه البينه، فإن أقامها حكم له وإلّا فبما أن المدعى عليه غير متمكن من الحلف لعدم درايته بالواقع - ومن هنا أيضاً لايمكنه ردّ اليمين على المدعى - تكون الدعوى ساقطه ظاهراً.

وقال السيد رحمه اللّه ما ملخّصه: بل يمكن أن يقال بجواز حلفه على عدم الحق للمدعى على الميت، اعتماداً على يد من انتقلت منه إليه، كما يظهر من خبر حفص بن غياث (۱)، فإنه يظهر منه جواز الحلف إذا اشترى من ذى يد، بل يظهر

۱- ۱) وهو: « عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال قال له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهدأنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه فى يده ولا أشهد أنه له فلعلّه لغيره. فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: أفيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: فلعلّه لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لى وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد اللّه عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق» .

منه جواز الشهاده باليد، مع أن أمر الشهاده أصعب، بل وكذا إذا كانت فی يده ولم يعلم حالها يحكم بمقتضی يده أنها له، ولا يضرّ قوله: لا أدری من أين صارت فی يدی وأنها فی الواقع لی أو ليست لی (۱).

لكن قال فی (المستند) فی هذه الصوره: إن ردّ اليمين علی المدعی فحلف كانت له، وإن لم يدّع عليه العلم أو ادّعی وحلف علی نفی العلم لا ـ يحكم بكونها له بل يقرع بينه وبين المدّعی، لأنه يشترط فی دلاله اليد علی الملكيه عدم اعتراف ذيها بعدم علمه بأنه له أو لا (۲).

قلت: والأولی ما ذكره السيد قدّس سرّه، لأنه مقتضی قاعده اليد.

ثم إنه بناء علی ما ذكرنا من سقوط الدعوی فی صوره تصديق المدعی دعوی المدعی عليه عدم درايته، وأنه لا أثر لليمين حينئذ - لأن الغرض منها إزاله الشك فی صدقه، فمع العلم به لا أثر لها - يحكم بسقوط الدعوی كذلك لو علم بصدقه فی دعوی عدم الدرايه، من دون حاجه إلی يمين المدّعی عليه علی ذلك.

وقال بعض أعلام العصر: وإذا أجاب المدّعی عليه بعدم العلم، فقد يقال مع تصديق المدّعی له، فإما أن يكون له بينه فهو، ومع عدمها لا ـ حق له، لعدم كون المدعی عليه مكلّفاً بالأداء فی الظاهر والمدعی معترف بذلك، فلا يجوز مطالبته، ومعه ليست الدعوی مسموعه حتی يقال يصدق عليه المدعی، وكلّ دعوی مسموعه يكون الفصل فيها بالبيّنه واليمين، وذلك لعدم البينه وعدم إمكان الحلف علی الواقع لعدم العلم به ولا علی الظاهر لتصديقه له فی براءته بحسب الظاهر (۳).

۱- ۱) العروه الوثقی ۳: ۱۰۶.

۲- ۲) مستند الشيعه ۱۷: ۳۵۵.

۳- ۳) جامع المدارك: ۶/۴۱.

وفيه: أنه ليس الشک فی الصدق ملحقاً بالعلم به فی عدم جواز الإحلاف، لأن اليمين هی للإستظهار فی حال تکذيبه دعوی نفی العلم أو الشک فی صدق هذه الدعوی.

وإنما يحلّف مع کون الأصل عدم کونه مديناً، لأن الصحيح - کما ذکر الشيخ الاستاذ قدّس سرّه (۱)- إن قولهم بعدم وجوب الفحص فی الشبهه الموضوعيه ليس علی إطلاقه، لأنه قد يکون الفحص من السهوله بحيث لا يصدق معه الشک والشبهه عرفاً، فلو توقّف ظهور حقيقه الحال فی المنازعه علی حق، علی مراجعه دفتر الحساب، لم يؤثر جواب المدعی عليه بالشک فی صدق الدعوی وتمسّکه بأصاله العدم حينئذ. . . وما نحن فيه من هذا القبيل، فالحلف لابدّ منه فی هذا المقام.

۱- ۱) آيه اللّه العظمی الشيخ عبد الکريم اليزدی الحائری طاب ثراه، مؤسس الحوزه العلميه.

مسائل تتعلّق بالحكم على الغائب

اشاره

الأصـل - لولاـ الـدليل - عـدم نفوذ الحكم على الغـائب، إلا أنه لا ريب فى سـماع الـدعوى ونفوذ الحكم عليه، وفى (الجواهر) (۱)الإجماع بقسميه عليه، وقد يستدلّ لذلك بالأدلّه التاليه:

۱ - إطلاق أدلّه القضاء، كقوله تعالى «فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۲).

۲ - إطلاق أدلّه الحكم بالبيّنه واليمين، كقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان» (۳).

إلا أن التمسك بهاتين الطائفتين من الأدلّه غير تام، لعـدم الإطلاق الشامل للغائب فيها، بحيث يمكن أن يكون دليلًا للجواز، لولا الأخبـار الخـاصه والإجمـاع، لأـن هـذه الأدلّه فى مقام بيان الحكم على الإجمال، فهى تبين أصل القضاءوتشـريعه من غير تعرّض للشـرائط والخصوصـيات، ويكون معنى « إنمـا أقضـى بينكم بالبيّنات والأيمان» : إنى لا أقضـى بينكم عن طريق العلم بالغيب ولا بالمعجزه، بل

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۲۲۰.

۲- ۲) سوره ص ۳۸: ۲۶.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ۲.

أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان، بل إن هذا الحديث ونحوه منصرف عن صوره كون أحد المتخاصمين غائباً.

٣ - ما روى عن النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم من أنه قال لهند زوجه أبى سفيان - بعد أن ادّعت أنه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى وولدى -: « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» (١)وكان أبو سفيان غائباً.

وفيه - مع الغض عن سنده، وعمّا قيل من أن كون أبى سفيان غائباً غير معلوم - أنه لا ظهور له فى كون ذلك من النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم من باب الحكم، بل كونه من باب الولايه على الممتنع أولى، فلا يتم الإستدلال به.

٤ - ما روى عن أبى موسى الأشعرى: « كان النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم إذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد، فوفى أحدهما ولم يف الآخر، قضى للذى وفى على الذى لم يف. أى مع البينه» (٢).

وهذا الحديث - مع الغض عن سنده - صريح فى حضور كليهما عند الحاكم وغياب أحدهما عند الحكم، فلا يستدلّ به لصوره غياب أحدهما من الأوّل.

٥ - خبر جميل: « الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينه ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلاّ بكفلاء» (٣).

٦ - خبر محمد بن مسلم: « الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينه ويباع

١- ١) حديث عامى - انظر: مسند أحمد ٦: ٣٩ - ووصفه صاحب الجواهر بالمستفيض، انظر مسند أحمد ٦: ٣٩.

٢- ٢) حديث عامى، انظر: الحاوى الكبير ١٦: ٢٩٨.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٤/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٦.

ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلّا بكفلاء إذا لم يكن مليّاً» (1).

٧ - إطلاق ما روى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنه قال: «القضاه أربعه، ثلاثه فى النار وواحد فى الجنه، رجل قضى بجور وهو يعلم فهو فى النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو فى النار، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو فى النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو فى الجنه» (2).

لكن الظاهر كونه فى مقام بيان لزوم العلم بالحق والحكم بالحق فقط، فلا إطلاق له ليستدلّ به فى المقام.

وببعض ما ذكر يتقيّد إطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأوّل حتى تسمع من الآخر، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء» (3)وإن كان يحتمل ظهور «تقاضى إليك رجلان» فى كونهما حاضرين، فيكون وجه الجمع: الحكم فى القضيه جزماً ويكون الغائب على حجته إذا قدم.

وما عن على عليه السلام قال: «قال النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم لمّا وجّهنى إلى اليمن: إذا تحوكم إليك فلا تحكم لأحد الخصمين دون أن تسأل من الآخر. قال: فما شككت فى قضاء بعد ذلك» (4).

وما رواه العياشى فى تفسيره عن الحسن عن على عليه السلام: إن النبى

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٥/ ذيل ح١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢۶.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٢/۶. أبواب صفات القاضى، الباب ۴.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١۶/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ۴.

۴- ۴) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٧/۶. أبواب آداب القاضى، الباب ۴.

صلّى اللّه عليه وآله وسلّم بعثه ببراءه - إلى أن قال - فقال: « إن الناس سيتقاضون إليك، فإذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع من الآخر، فإنه أجدر أن تعلم الحق» (۱)بناء على ظهورهما فى الإطلاق، ويكون مفاد أخبار الأمر بالسؤال من الآخر أنه إذا حضرا معاً، فلا يجوز الحكم قبل السؤال من الآخر وسماع كلامه، وقد حمل الأمر بالسؤال منه على الإرشاد، ولكنه خلاف الظاهر.

وأما ما رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام من أنه قال: « لا يقضى على غائب» (۲)فلا يعارض ما تقدّم، لضعف سنده (۳)، ولإعراض الأصحاب عنه، مع إمكان حمله على بعض الوجوه.

وبعد، فهل يقضى على الغائب فى كلّ دعوى وعلى كلّ حال؟

يتضح الأمر فى هذا المقام فى مسائل:

ص:۳۳۲

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۷/۷. أبواب آداب القاضى، الباب ۴.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۶/۴. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۶.

۳- ۳) لأن راويه أبا البخترى - وهو: وهب بن وهب - ضعيف كما نصّ عليه علماء الرجال.

المسأله الأولی: (فی المراد من الغائب)

قال المحقق قدّس سرّه: « یقضـی علی من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً وحاضـراً، وقیل: یعتبر فی الحاضر تعذّر حضوره مجلس الحکم» (۱).

أقـول: لاـ إشـکال ولاـ خلاـف فی أنه یقضـی علی الغـائب المتعـذّر علیه الحضـور من جهه مرض أو شـبهه، أو کـان ممتنعـاً عن الحضور. ولاـ خلاـف فی صـدق « الغـائب» علی المسـافر بمقـدار المسافه الشـرعیه، وأمّا إذا کان أقل منها، فعن یحیی ابن سـعید القول بعـدم الصّدق (۲)، ولعـلّ دلیله أن القـدر المتیقن من « الغـائب» هو المسافر بقـدر المسافه الشـرعیه. وهو ضـعیف، لصـدق الغائب علی المسافر بأقل منها حقیقه.

وإن کان حاضـراً فی البلد وغائباً عن مجلس الحکم، فالمشـهور أنه کالغائب عن البلد، فیقضـی علی من غاب عن مجلس القضاء مطلقـاً، قـال فی (الجواهر) (۳): وإن لم یتعـذّر علیه الحضـور، لکن فیه عن المبسـوط وتعلیـق الإرشـاد: یعتبر فی الحاضـر تعـذر حضوره مجلس الحکم.

ص:۳۳۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۶.

۲- ۲) الجامع للشرائع: ۵۲۷.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۲۲۲.

إلّا أنا لم نجد فی المبسوط ما نسب إلیه، والشیخ قدّس سرّه لم یتعرض لمسألتنا، ویمکن أن یکون قد تعرّض لها فی موضعٍ آخر من کتابه.

وفی (المسالک) (۱): إن کان غائباً عن البلد قضی علیه باتّفاق أصحابنا، سواء کان بعیداً أم قریباً، وکذا لو کان حاضراً فی البلد وتعذّر حضوره فی مجلس الحکم إما قصداً أو لعارض، ولو لم یتعذّر حضوره فالمشهور الجواز أیضاً، لعموم الأدلّه، وقال الشیخ فی المبسوط (۲): لا ـ یحکم علیه حینئذ، لأن القضاء علی الغائب موضع ضروره فیقتصر فیه علی محلّها، ولأنه ربما وجد مطعناً ومدفعاً وجاز فی الغائب للمشقه بطول انتظاره، والأظهر الأوّل.

ولعلّ المشهور قد حملوا أدلّه السؤال من المدّعی علیه علی الحاضر فی المجلس، أو حملوا « الغائب» فی أدلّه القضاء علیه علی من غاب عن المجلس، فتکون هذه الأدلّه مخصصه لأدلّه السؤال من المدعی علیه، بناءاً علی عموم التعلیل الموجود فیها، لأن ظهور « یقضی علی الغائب» أقوی من ظهور العلّه فی تلک الأدلّه، ویجوز حمل العلّه علی الإستحباب أو العلیّه الناقصه. . . لکن فی الحکم علی الغائب عن المجلس تردّد، وإن کان ما ذهب إلیه المشهور هو الأظهر، وکونه علی حجته إذا قدم یدفع الضرر عنه.

هذا، ولا یجب علی الحاکم الإرسال خلف المدّعی علیه للحضور فی المجلس، إلّا أن یلتمس المدعی ذلک.

ثم، هل یشترط فی الحکم علیه دعوی جحوده کما فی (القواعد) (۳)التوقّف

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۴۶۷.

۲- ۲) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۱۶۲.

۳- ۳) قواعد الأحکام ۳: ۴۵۴.

فيه، بـل عن (التحرير) (۱)الجزم بعـدم سـماع بينته إلاّ ـ لأخـذ المـال لو اعترف باعترافه – ومرجعه إلى اشتراط ادّعاء الجحود إذا طلـب الحكـم دون المـال – والـتردّد إذا لم يتعرّض لجحـوده، من اشـتراط سـماعها به ولم يعلم، ومن تنزل الغيبه منزله السـكوت النازل منزله الجحود، لاحتماله الجحود فی الغيبه وأن لا يقدر بعد على الإثبات إذا ظهر الجحود؟

قال فی (الجواهر) : لا يخفى عليك إطلاق النصّ والفتوى ومعقد الإجماع (۲).

أقـول: على أنه إذا كـان مبنى الحكم كـون المـدّعى عليه جاحـداً، فيلزم فی صوره إقرار المـدعى عليه أن لا ـ يحكم الحـاكم بعد الإقرار، نعم، له أن يأمره بـدفع ما أقرّ فيه لو كان متساهلاً فی تسـليمه. . . وإلاّ فلا معنى لتوقف تنفيذ حكم اللّه على حكم الحاكم فی القضـيه، إلاّ ـ أن يقـال بـأن اللّه عزّوجـل قـد أذن للحـاكم أن ينشـئ الحكم حتى تترتب الآثـار على الحكم الشـرعی، إن كان لحكمه أثر زائـد على الإقرار – لأن المسـلّم به أنه لا يسـمع الإنكار بعد الإقرار، وأن الإقرار كحكم الحاكم فی فصل الخصومه – كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الإشتباه – مثلاً – فی الإقرار.

قـال فی (الجواهر) : نعم، قـد يتوقّف فی صوره العلم بـاعترافه، بنـاءاً على اشـتراط الخصومه فی مطلق القضـاء على الحاضـر، وقد عرفت الكلام فيه سابقاً، والمتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم، لا إشكال فی تناولهما غير معلوم الحال كما هو واضح.

۱– ۱) تحرير الأحكام ۵: ۱۴۷.

۲– ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۲۲۱.

أقول: لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصوره مشكله.

المسأله الثانيه: (يقضى على الغائب مطلقاً أو فى حقوق الناس؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « يقضى على الغائب فى حقوق الناس، كالديون والعقود، ولا يقضى فى حقوق اللّه تعالى كالزنا واللواط، لأنها مبنيه على التخفيف» (١).

أقول: ولذا تدرء الحدود بالشبهات، بخلاف حقوق الناس، فإنها مبتيّه على الإحتياط. . .

فإن قيل: فلماذا لا يعتنى باحتمال خطأ الشاهدين، بل يحكم على طبق شهادتهما على المدّعى عليه الحاضر؟

قلنا: إن احتمال خطأ البينه يلغيه دليل حجيّتها، فلا مجال حينئذ لدليل درء الحدّ بالشبهه، وإلا لتوقف إجراء الحدّ على العلم بالواقع فى القضيه أو بصدق الشاهدين، لكن حيث أن المدّعى عليه غائب يمكن حضوره وجرح الشاهدين، أو إقامه البينه على أن المتهم فى هذه القضيه ليس هو بل غيره، فهذا الإحتمال يدرأ به الحدّ.

قال المحقق: « ولو اشتمل الحكم على الحقّين قضى بما يخصّ الناس كالسرقه، يقضى بالغرم، وفى القضاء بالقطع تردد» .

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨۶.

أقول: لو اشتمل الحكم على حق الناس وحق اللّه معاً كالسرقه، يقضى عليه فى حق الناس، وأما القضاء بحق اللّه - وهو القطع - فقد تردّد فيه المحقق قدّس سرّه، قال شارحوه: إنه لم يتردد فى عدم القضاء به غيره من الفقهاء.

وذكر فى (الجواهر) (١)فى وجه التردّد: إن السرقه علّه للأمرين، فإذا قامت البينه عليها لم يعقل التفكيك بين المعلولين، وأجيب عن ذلك: بأن الأحكام الشرعيه معرّفات لا علل حقيقه، ومعنى هذا الكلام: إن الأمور المذكوره فى كلمات الشارع بعنوان العلّه ليست عللاً حقيقيه يحكم العقل بامتناع الانفكاك بينها، بل هى معرّفات.

أقول: إن العقل لا يمكنه إدراك أن الشىء الكذائى علّه للشئ الكذائى فى الأحكام الشرعيه، فلولا بيان الشارع أن الجنابه علّه لوجوب الغسل لم يدرك العقل ذلك، وحينئذ، فلو جاء فى كلامه أن الشىء الفلانى علّه للشىء الفلانى وجب التصديق بحكم الشارع بالعليّه، لكن الفرق بين العليّه المدركه بالعقل - كعليّه النار للحراره - والعليّه الوارده فى لسان الشارع هو أنه فى الأوّل يستحيل التفكيك بين النار والحراره إلا عن طريق الإعجاز، أما فى الثانى، فإنه يمكن تخلّف ما جعل معلولاً عمّا جعل علّه، ولذا نرى أن الشارع قد يقول فى مورد بعدم ترتب المعلول على العلّه، وهو يكشف عن عدم العليّه التامه. . . .

إذن، ليست الأحكام الشرعيه معرّفات، بل هى علل ومعاليل كسائر العلل والمعاليل الاخرى.

وعليه، فلو أقرّ الحاضر بالسرقه مرّتين ترتّب الأثران، وإن أقرّ مرةً واحده

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٢٣.

يؤخـذ منه حق الناس ولا يحكم عليه فى حق اللّه، فلا يلزم أن نقول الأحكام الشـرعيّه معرّفات، بل نقول هى علل، ولكن فى هذا المورد العلّه لترتب الأمرين هو الإقرار مرّتين، والإقرار مرّه واحـده علّه لترتب أحـد الأثرين، وذلك، لأن مبنى الشارع فى الحدود الإلهيّه على التخفيف، فلابدّ من إقرارين، وأما فى حقوق الناس فعلى الإحتياط، فيكفى الإقرار الواحد لأن يقضى عليه بالغرم.

هـذا، ولكن مقتضـى أدلّه القضـاء عمومها بالنسـبه إلى الحاضـر والغائب، وحينئـذ، فلو سـرق حكم بقطع يـده وبالغرم معاً، لعموم الأدلّه، ودليل درء الحدّ بالشـبهه لا يشمل هذا المقام، ولا مخصص تام سنداً ودلاله لتلك العمومات، فيقضى عليه فى الحقّين بلا فرق، إلا أن يكون هناك إجماع.

ص:٣٣٨

المسأله الثالثه: (لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادّعى الغريم التسليم إلى الموكّل ولا بينه، ففى الإلزام تردّد بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الأداء، وبين الحكم وإلغاء دعواه، لأن التوقف يؤدى إلى تعذّر طلب الحقوق بالوكلاء، والأوّل أشبه» (۱).

أقول: الوكيل تاره: وكيل فى المرافعه فقط، وأخرى: هو وكيل فى المرافعه والمطالبه بالحق معاً، وحيث يكون له المطالبه بالحق، فإن ادّعى الغريم تسليمه إلى الموكّل، طالبه بإقامه البينه على دعواه الوفاء به، فإن أقامها حكم الحاكم له، وإن لم يكن له بيّنه على تلك الدعوى، فلا يمكنه إحلاف الوكيل، لأن يمين الوكيل لا أثر لها، وحينئذ تسقط دعواه ويلزم بدفع الحق، لأن الأصل عدم دفع الحق وعدم إبراء صاحب الحق إيّاه، وهذا هو الوجه الصحيح للقول بالإلزام.

وأمّا قوله: « لأن التوقف يؤدّى إلى تعذّر طلب الحقوق بالوكلاء» .

فقد يجاب عنه: بأن استيفاء الحق ليس متوقفاً على ذلك، فيمكن طلبها بأسباب أخرى.

وأما القول بأنه لو لم يلزم، لتوجه الضرر على صاحب الحق بضياع حقّه،

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۶.

ففيه: أنه يحتمل أيضاً توجّه الضرر إلى الغريم، لاحتمال صدقه فى دعوى الأداء.

وهل يلزم التكفيل حينئذ لو طلبه الدافع؟

إن كـان ذلـك بعـد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثر، لأن الـدعوى بعـد الحكم لا تسـمع، وإلاّ كان له وجه، نظير ما إذا كانت الدعوى على غائب، حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعى.

وفى المسأله وجهان آخران:

أحدهما: تفصـيل صاحب (المستند) (١)بين مـا إذا كـان الوكيـل وكيلاً فى دعوى الإبراء والوفاء أيضاً، فالتوقف، وبين ما إذا لم يكن وكيلاً فالإلزام.

والثانى: التفصيل الذى لم يستبعد السيد (٢)قدّس سرّه قوّته، وهو التفصيل بين ما إذا ثبت الحق بالبينه أو بإقرار المدّعى عليه من الأوّل، فعلى الأوّل الإلزام، وعلى الثانى فالتوقّف.

وإن لم يـأذن ذو الحق للوكيـل بأخـذ الحق من الغريم، فلا وجه لأخـذه له، فحيث يلزم، يـدفع الحق فإنه يـدفعه إلى الحاكم حتى يسلّمه إلى صاحب الحق عند حضوره.

١- ١) مستند الشيعه ١٧: ٣٠٩.

٢- ٢) العروه الوثقى ٣: ۴۵ - ۴٧.

المقصد الرابع

اشاره

فی کیفیه الإستحلاف

والبحث فی أمور ثلاثه:

[البحث] الأوّل: (فی الیمین)

اشاره

إعلم أن المستفاد من الأخبار الکثیره کراهه الیمین الصادقه وکونها مرجوحه مطلقاً، فعن أبی عبد اللّه علیه السلام قال « قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: من أجلّ اللّه أن یحلف به أعطاه اللّه خیراً مما ذهب منه» (1).

وعنه علیه السلام قال: « لا تحلفوا باللّه صادقین ولا کاذبین، فإنه عزّوجل یقول: «وَ لاٰ تَجْعَلُوا اَللّٰهَ عُرْضَهً لِأَیْمٰانِکُمْ» (2)» (3).

1- 1) وسائل الشیعه 33: 198/3. کتاب الأیمان، الباب 1.

2- 2) سوره البقره 2: 224.

3- 3) وسائل الشیعه 23: 198/5. کتاب الأیمان، الباب 1.

وعن أبی جعفر علیه السلام فی روایه: « وإنی لأکره أن أقول (واللّه) علی حال من الأحوال» (۱).

ولکن تزول الکراهه بـل یترجـح الإتیـان بها فی کثیر من الموارد، بالنظر إلی الأثر المترتب علیها، کبیان أهمیّه المطلب أو التأکید علیه ونحو ذلک، ولـذا کان النبی والأئمه علیه وعلیهم الصّلاه والسلام قد یحلفون فی کلامهم، فعن الرضا علیه السـلام: « بلغنی أن الناس یقولون أنا نزعم أن الناس عبید لنا، لا وقرابتی من رسول اللّه ما قلته قط. . .» (۲).

بل قد یجب الحلف فی بعض الموارد، کما إذا وقعت المرافعه علی زوجیّه امرأه مثلاً أو ملکیّه دار، ونحو ذلک.

ویحرم الحلف بالأوثـان والأصـنام، فـالحلف باللاّت مثلاً ـ حرام وإن کان علی ترک محرم أو الإتیان بواجب، ولا کفاره علیه فی صوره المخالفه.

ولو حلف علی ترک واجب أو فعل حرام، فقد یقال بحرمه هذا الحلف، ولو خالف لم تجب علیه الکفاره.

ص:۳۴۲

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۳: ۱۹۷/۱. کتاب الأیمان، الباب ۱.
۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۶۱/۷. کتاب الأیمان، الباب ۳۰. ومـا رواه أبو جریر القمی قال: قلت لأبی الحسن علیه السـلام جعلت فداک. . . وسألته عن أبیه أحی هو أم میت؟ قال: قد واللّه مات. . . وما عن صفوان الجمال: « إن أبا جعفر المنصور قال لأبی عبد اللّه علیه السـلام: رفع إلی أن مولاک المعلّی بن خنیس یـدعو إلیک ویجمع لک الأموال. فقال: واللّه ما کان. . .» وسائل الشـیعه ۲۳: ۲۶۹/۱. کتاب الأیمان، الباب ۳۳. وما عن نجیه العطار قال: « سافرت مع أبی جعفر علیه السـلام إلی مکه، فأمر غلامه بشـیء فخالفه إلی غیره، فقال أبو جعفر علیه السلام: واللّه لأضربنّک یا غلام. . .» وسائل الشیعه ۲۳: ۲۷۵/۱. کتاب الأیمان، الباب ۳۸.

لا يستحلف أحد إلّا باللّه:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا يستحلف أحد إلّا باللّه ولو كان كافراً» (١).

أقول: إن اليمين تكون فی موارد ثلاثه:

الأوّل: فی المورد الذی لا يترتب عليه أثر أصلًا، كأن يحلف الرجل على ما يقوله فی مقام التكلّم مع غيره، فهذا ما لا يترتب عليه أثر وضعی.

والثانی: أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أو ترک أمر مرجوح فعله، وأثر هذه اليمين هو وجوب الكفاره عليه مع المخالفه إن كانت باللّه عزّوجل.

والثالث: اليمين فی مورد المرافعه لإثبات حق أو إسقاطه.

ففی الأوّل: يجوز الحلف بغير اللّه تعالى؟ إن الأخبار الوارده فی النهی عن اليمين بغير اللّه هی فوق حدّ التواتر، لكن الأصحاب رفعوا اليد عن ظهورها فی الحرمه وحملوها على الكراهه، ولم يفت أحد منهم بحرمه اليمين بغير اللّه، بل ادّعى الإجماع على الكراهه، بل لقد وجدنا فی الأخبار حلف الأئمه بغير اللّه فی محادثاتهم ومحاوراتهم (٢)، وفی (كتاب القضاء) للمحقق الآشتيانی: أن عليه السيره، وأجاب عن ذلك: بأن الأخبار الناهيه عن اليمين تصلح لأن تكون رادعه عن هذه السيره، وفيه: إنها ليست رادعه، بل يمكن القول بأن السيره كاشفه عن عدم إراده الحرمه من تلك الأخبار (٣).

وأشكل: بأن بعض تلك الأخبار يأبى الحمل على الكراهه، مثل ما روى

ص:٣٤٣

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨٧.

٢- ٢) مثل ما عن الرضا عليه السلام من قوله: « لا وقرابتی من رسول اللّه. . .» وقد تقدم.

٣- ٣) بل فی الأخبار ما يقتضی ذلك، مثل قوله عليه السلام: « وإنی لأكره أن أقول واللّه. . .» بناء على أن المراد هی « الكراهه» الإصطلاحيه.

عن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « من حلف بغیر اللّه فقد أشرک» (۱)وفی حدیث آخر « فقد کفر» (۲).

وفیه: إن الحدیثین - مع الغض عن سندهما - محمولان علی الیمین الموجبه للکفر والشرک، کأن یحلف المسلم باللاّت والعزّی، أو بالأب والابن - تعالی اللّه عن ذلک - ونحوهما. . . ویشهد بذلک وجود لفظی الشرک والکفر فی الحدیثین، لأن من المعلوم أن الحلف بغیر اللّه مما لا یوجب الکفر والشرک لا یکون کفراً وشرکاً، ویؤید ذلک سیره المتشرعه.

وفی الثانی: لا إشکال فی جواز الحلف بغیر اللّه وعدم وجوب الکفاره علی مخالفته.

وأما الثالث - وهو مورد البحث والکلام - فقد دلّت جمله من النصوص بصراحه علی أنه لا یحلف إلاّ باللّه، وإلیک بعضها:

۱ - عن سلیمان بن خالد عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « لا یحلف الیهودی ولا النصرانی ولا المجوسی بغیر اللّه، إن اللّه عزّ وجل یقول: «فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اَللّٰهُ»» (۳).

۲ - عن جراح المدائنی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « لا یحلف بغیر اللّه. وقال: الیهودی والنصرانی والمجوسی لا تحلّفوهم إلا باللّه عزّوجل» (۴).

۳ - عن الحلبی قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن أهل الملل

۱- ۱) مستدرک وسائل الشیعه ۱۶: ۵۰/۵. کتاب الأیمان، الباب ۱۱.

۲- ۲) سنن البیهقی: ۱۰/۲۹.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۶۵/۱. کتاب الأیمان، الباب ۳۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۶۶/۲. کتاب الأیمان، الباب ۳۲.

يستحلفون. فقال: لا تحلفوهم إلّا باللّه عزّوجل» (۱).

۴ - عن سماعه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « سألته هل یصلح لأحد أن یحلّف أحداً من الیهود والنصاری والمجوس بآلهتهم؟

قال: لا یصلح لأحد أن یحلّف أحداً إلا باللّه عزّ وجل» (۲).

۵ - عن الحلبی قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن أهل الملل کیف یستحلفون؟ فقال: لا تحلّفوهم إلّا باللّه» (۳).

۶ - عن الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « سألته عن استحلاف أهل الذّمه. قال: لا تحلّفوهم إلا باللّه» (۴).

۷ - عن علی بن مهزیار قال: « قلت لأبی جعفر الثانی علیه السلام: قول اللّه عزّوجل: «وَ اَللَّیْلِ إِذٰا یَغْشیٰ وَ اَلنَّهٰارِ إِذٰا تَجَلّیٰ» . وقوله عزّوجل «وَ اَلنَّجْمِ إِذٰا هَویٰ» (۵)وما أشبه هذا. فقال: إن اللّه عزّ وجل یقسم من خلقه بما شاء، ولیس لخلقه أن یقسموا إلّا به عزّ وجل» (۶).

۸ - عن محمد بن مسلم قال: « قلت لأبی جعفر علیه السلام: قول اللّه عزّوجل «وَ اَللَّیْلِ إِذٰا یَغْشیٰ» (۷)«وَ اَلنَّجْمِ إِذٰا هَویٰ» وما أشبه ذلک. فقال: إن للّه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۶۶/۳. کتاب الأیمان، الباب ۳۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۶۷/۵. کتاب الأیمان، الباب ۳۲.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۶۷/۶. کتاب الأیمان، الباب ۳۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۶۹/۱۴. کتاب الأیمان، الباب ۳۲.

۵- ۵) سوره النجم ۵۳: ۱.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۵۹/۱. کتاب الأیمان، الباب ۳۰.

۷- ۷) سوره اللیل ۹۲: ۱.

عزّوجل أن يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلقه أن يقسموا إلّا به» (1).

۹ - عن الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا أری للرجل أن یحلف إلّا باللّه. . .» (2).

۱۰ - عن سماعه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا أری للرجل أن یحلف إلّا باللّه. . .» (3).

فهذه الأخبار تدلّ علی أنه لا یستحلف أحد إلّا باللّه عزّ وجل، ولو کان کافراً بإنکار أصل واجب الوجود فضلاً عن غیره، وقد ورد فی بعض الأخبار (4)أن الیمین بغیر اللّه یؤدّی إلی ترک الحلف باللّه، أی أنه فی المورد الذی یترجّح فیه الیمین، لابدّ من الحلف باللّه حتی لا یعظّم شیء فی مقابله عزّوجل، لأن الحلف یکون عاده بماله أهمیه وجلاله وعظمه، فالإلتزام بالحلف باللّه تعالی تعظیم له وإثبات لعظمته ونفی لعظمه شیء سواه، وأما الإستحلاف فی مورد المرافعه، فلا یجوز بغیر اللّه عز وجل وإن رضی الطرفان بالحلف بغیره.

وهناک أخبار وارده فی الاستحلاف بغیر اللّه تعالی، سنذکرها قریباً.

ثم إن ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار إضافه شیء من صفات الذات أو الأفعال إلی الاسم فی ترتب الأثر، لکن قال المحقق:

«وقیل: لا یقتصر فی المجوس علی لفظ الجلاله، بل یضم إلی هذه اللّفظه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۵۹/۳. کتاب الأیمان، الباب ۳۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۶۰/۴. کتاب الأیمان، الباب ۳۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۶۱/۵. کتاب الأیمان، الباب ۳۰.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۳: ۲۵۹/ الباب ۳۰ و۲۶۴، الباب ۳۱.

الشريفه ما يزيل الاحتمال لأنه سمّى النور إلهاً» (١).

أقول: هل يستحلف المجوسى الذى يسمّى النور آلهاً باللّه تعالى كالمسلمين أو يقال له: « احلف بخالق النور» مثلًا وإن كان غير معتقد به؟ ظاهر (المبسوط) (٢)حيث قال: « فإن قيل: كيف حلّفته باللّه وليست عنده بيمين؟ قلنا: ليزداد إثماً ويستوجب العقوبه» هو الثانى، لكن مقتضى إطلاق الأخبار هو الأوّل، وأما قول الشيخ: « ليزداد إثماً ويستوجب العقوبه» فلم يظهر لنا المراد منه.

وكذا الأمر بالنسبه إلى منكر أصل واجب الوجود، ومن يعتقد بإله غير اللّه، ومن يعتقد بإلهين كالثنويه، ومن يعبد الأصنام. . . لإطلاق الأدلّه.

عدم جواز الإحلاف بغير أسماء اللّه:

قال المحقق: « ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء اللّه سبحانه، كالكتب المنزله والرسل المعظمه والأماكن المشرّفه» (٣).

أقول: ويدلّ على ذلك النصوص الكثيره المذكور بعضها آنفاً، فلا يجوز الحلف بغير اللّه وإن تراضى الطرفان بالحلف بغيره، بل إن المصالحه على الحلف بغيره تعالى لا يفصل النزاع، لأن هذه اليمين محرمه إمّا تكليفاً ووضعاً وإمّا وضعاً فقط، على الخلاف، لأنه على الأوّل يكون الصّلح على أمر محرّم فعله، وعلى الثانى يكون على أمر لغو، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلًا للمال بالباطل.

ووجه الخلاف فى هذا المقام بين الأصحاب هو اختلافهم فى الإستفاده من

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨٧.

٢- ٢) المبسوط فى فقه الإماميه ۶: ١٩۴.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴: ٨٧.

أدلّه النهى عن الاستحلاف بغير اللّه، ومع الشک فی الحرمه التکلیفیه تجری البراءه، وحینئذ لا یحکم بفسق المحلّف والحالف، أما مع الشک فی الحکم الوضعی فالأصل عدم النفوذ، والقدر المتیّقن من النصوص دلالتها علی عدم ثبوت الحق وعدم سقوطه بالیمین بغیر اللّه تعالی، وإن کان من الکتب المنزله أو الرسل المعظمه أو الأماکن المشرّفه.

لکن فی بعض الأخبار ما ینافی تلک الأدلّه، وهذه نصوص تلک الأخبار:

١ - عن السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « إن أمیر المؤمنین علیه السلام استحلف یهودیّاً بالتوراه التی اُنزلت علی موسی علیه السلام» (١).

٢ - عن محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام: « سألته عن الأحکام. فقال: فی کلّ دین ما یستحلفون به» (٢).

٣ - عن محمد بن قیس قال: « سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: قضی علی علیه السلام فیمن استحلف أهل الکتاب بیمین صبر أن یستحلف بکتابه وملّته» (٣).

ولعلّ بالنظر إلی هذه الأخبار قال المحقق قدّس سرّه:

« ولو رأی الحاکم إحلاف الذمّی بما یقتضیه دینه أردع جاز» (۴).

لکن المشهور عدم جواز إحلاف الیهود والنصاری بغیر اللّه، للنصوص النّاهیه عن ذلک عموماً وخصوصاً، وقد أجابوا عن خبر السکونی بضعف سنده،

١- ١) وسائل الشیعه ٢٣: ٢۶۶/۴. کتاب الأیمان، الباب ٣٢.

٢- ٢) وسائل الشیعه ٢٣: ٢۵٧/٧. کتاب الأیمان، الباب ٣٢.

٣- ٣) وسائل الشیعه ٢٣: ٢۶٧/٨. کتاب الأیمان، الباب ٣٢.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ٨٧.

وفی (الوسائل) : حمله الشیخ علی أنه مخصوص بالإمام، وعلی هذا حملت الأخبار الاُخری أیضاً، وأما صحیح محمد بن مسلم فهو مجرّد إخبار عن شرائعهم.

والحاصل، إن هذه النصوص لا تصلح معارضه للنصوص السابقه، لقصور بعضها سنداً والبعض الآخر دلاله. . .

وهل یجب أن یکون الحلف بلفظ الجلاله فقط؟

الواجب هو الحلف بذات اللّه المقدسه، أی المسمّی بلفظ الجلاله والأسماء الحسنی، فیجزی أیّ اسم کان من أسماء اللّه سبحانه وتعالی، أو أیّ صفه من صفاته الخاصّه به عزّوجل.

استحباب تقدیم العظه وتغلیظ الیمین:

قال المحقق: « ویستحب للحاکم تقدیم العظه علی الیمین والتخویف من عاقبتها» (١).

أقول: بأن یذکر له مما ورد من ذلک فی الأخبار مثل:

١ - « من حلف باللّه کاذباً کفر ومن حلف باللّه صادقاً أثم» (٢).

٢ - « إن یمین الصبر الکاذبه تترک الدیار بلاقع» (٣).

٣ - « من حلف علی یمین وهو یعلم أنه کاذب فقد بارز اللّه» (۴).

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٨٧.

٢- ٢) وسائل الشیعه ٢٣: ١٩٩/۶. کتاب الأیمان، الباب ١.

٣- ٣) وسائل الشیعه ٢٣: ٢٠٣/٢. کتاب الأیمان، الباب ۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ٢٣: ٢٠٣/۴. کتاب الأیمان، الباب ۴.

۴ - « اليمين الصبر الكاذبه تورث العقب الفقر» (١).

۵ - «. . . إن اليمين الكاذبه وقطيعه الرحم ليذران الديار بلاقع من أهلها وتثقلان الرحم، وإن ثقل الرحم انقطاع النسل» (٢).

۶ - « قال اللّه عزّ وجل: لا أُنيل رحمتی من يعرّضنی للأيمان الكاذبه. . .» (٣).

قال المحقق: « ويكفی أن يقول: واللّه ماله قبلی حق» .

أقول: والدليل علی ذلک إطلاق الأدلّه.

قال: « وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان، لكن ذلک غير لازم ولو التمسه المدعی، بل هو مستحب استظهاراً فی الحكم» (۴).

أقول: يدلّ علی عدم وجوب التغليظ إطلاق الأدلّه فی الأيمان، ويدلّ فعل أمير المؤمنين فی إحلاف الأخرس كغيره من الأخبار علی جواز التغليظ فی اليمين، وقد استدلّ به علی الإستحباب.

قلت: وفيه: إنه عليه السلام كتب تلک الكلمات وغسلها، وأمر الأخرس بشرب ذلک الماء، فإن كان الأخرس يعرف القراءه تحقق التغليظ، وإلاّ فأی تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ؟ هذا غير واضح عندنا.

ثم إن الإمام قد حكم بعد امتناعه عن شرب ذلک الماء، من دون ردّ لليمين علی المدّعی، وهذا يخالف سائر الأخبار والقاعده المقرّره فی فصل الخصومه وكيفيه القضاء، مع أن فعل الإمام عليه السلام لا يدلّ علی استحباب التغليظ، وإنما

١- ١) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٠۴/٧. كتاب الأيمان، الباب ۴.
٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٠٧/١۵. كتاب الأيمان، الباب ۴.
٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٠٨/١٧. كتاب الأيمان، الباب ۴.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ٧٨.

على الجواز كما ذكر، فالتمسک بها لاستحباب التغليظ فی اليمين فی غير محلّه.

وقد يستدل بما رواه صفوان الجمال: « إن أبا جعفر المنصور قال لأبی عبد اللّه عليه السلام: رفع إلىّ أن مولاک المعلّى بن خنيس يدعو إليک ويجمع لک الأموال، فقال: واللّه ما كان - إلى أن قال المنصور - فأنا أجمع بينک وبين من سعى بک، قال: فافعل. فجاء الرجل الذی سعى به، فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام: يا هذا أتحلف؟ فقال: نعم واللّه الذی لا إله إلّا هو عالم الغيب والشهاده الرحمن الرحيم لقد فعلت. فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام: ويلک، تبجّل اللّه فيستحی من تعذيبک ولكن قل: برئت من حول اللّه وقوته وألجئت إلى حولی وقوّتی، فحلف بها الرجل فلم يستتمها حتى وقع ميتاً. فقال أبو جعفر المنصور: لا أُصدّق عليک بعد هذا أبداً، وأحسن جائزته و ردّه» (۱).

ولكن دلالتها على الاستحباب غير واضحه.

واستدلّ بروايه السيد الرضی قدّس سرّه عن أمير المؤمنين عليه السلام: « أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برى من حول اللّه وقوّته، فإنه إذا حلف بها كاذباً عوجل، وإذا حلف باللّه الذی لا إله هو لم يعاجل، لأنه قد وحّد اللّه سبحانه» (۲).

وهذه الروايه لا تدلّ على الإستحباب، بل الأمر فيها ظاهر فی الإرشاد، ويشهد بذلک قوله بعده: إذا أردتم. . .

واستدلّ بروايه الراوندی قدّس سرّه عن الرضا عليه السلام عن أبيه: « إن رجلًا وشى إلى المنصور أن جعفر بن محمد عليه السلام يأخذ البيعه لنفسه على

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۳: ۲۶۹/۱. كتاب الأيمان، الباب ۳۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۳: ۲۷۰/۲. كتاب الأيمان، الباب ۳۳.

الناس ليخرج عليهم، فأحضره المنصور، فقال الصّادق عليه السلام: ما فعلت شيئاً من ذلك، فقال المنصور لحاجبه: حلّف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا - يعنى الصادق عليه السلام - فقال الحاجب: قل واللّه الذى لا إله إلا هو، وجعل يغلظ عليه اليمين. فقال الصّادق عليه السلام: لا تحلّفه هكذا. . . فقال المنصور: فحلّفه إذاً يا جعفر، فقال الصّادق عليه السلام للرجل: قل: إن كنت كاذباً عليك فبرئت من حول اللّه وقوّته ولجأت إلى حولى وقوّتى. فقالها الرجل، فقال الصّادق عليه السلام: اللهم إن كان كاذباً فأمته، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتاً. . .» (١)وهذا أيضاً لا يدلّ على الاستحباب.

فالإنصاف: إنه لا دليل على استحباب التغليظ، ومن هنا قال فى (المسالك) : هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب، وذكروا أنه مروى، وما وقفت على مستنده (٢).

وكيف كان، فقد قال المحقق: « فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: واللّه الذى لا إله إلاّ هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذى يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانيه، ما لهذا المدعى على شىء مما ادّعاه، ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم» (٣).

أقول: كما فى روايه إحلاف الأخرس، وروايه نهج البلاغه، وغيرهما.

قال: « وبالمكان، كالمسجد والحرم وما شاكله من الأماكن المعظّمه، وبالزمان، كيوم الجمعه والعيد وغيرها من الأوقات المكرّمه» .

١- ١) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٧٠/٣. كتاب الأيمان، الباب ٣۴.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ۴٧٨.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴: ٨٧.

أقول: ومن التغليظ ما تعارف بين الناس فعله، من وضع اليد على المصحف الشريف فی حال أداء اليمين.

قال: « ويغلظ على الكافر بالأماكن التی يعتقد شرفها، والأزمان التی يرى حرمتها» .

أقول: يـدلّ عليه مـا رواه الحسـين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه « أن علياً كان يسـتحلف اليهود والنصارى فی بيعهم وكنائسـهم، والمجوس فی بيوت نيرانهم ويقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين» (١).

ومـا رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه « إن علياً عليه السـلام كـان يسـتحلف اليهود والنصـارى بكتـابهم، ويسـتحلف المجوس ببيوت نيرانهم» (٢).

قال: « ويستحب التغليظ فی الحقوق كلّها وإن قلّت عدا المال، فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع» .

أقول: اسـتحباب التغليظ هو المشـهور، بل ادّعى عليه الإجماع، لكن تقدّم أنه لا دليل عليه، وأما النهی عن التغليظ فی المال الأقل من نصـاب القطع، فقـد ورد فی خصوص كونه عنـد قبر النبی صـلّى اللّه عليه وآله وسـلّم، وهو مـا رواه محمـد بن مسـلم وزراره عنهما عليهما السلام جميعاً قالا: « لا يحلّف أحد عند قبر النبی صلّى اللّه عليه وآله وسلّم على أقلّ مما يجب فيه القطع» (٣).

ص:٣٥٣

١- ١) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٦٨/١١. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٦٨/١٢. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٨/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٩.

فرعان:

الأوّل: حكم ما لو امتنع عن الإجابه إلى التغليظ:

قال المحقق: « لو امتنع عن الإجابه إلى التغليظ لم يجبر، ولم يتحقق بامتناعه النكول» (۱).

أقول: استدلّ له بالأصل، أى: إن الأصل عدم جواز إجباره على ذلك، وقبله إطلاقات أدلّه القضاء وكيفيه الحكم، مضافاً إلى قوله عليه السلام: « من حلف باللّه فليصدق، ومن حلف له باللّه فليرض، ومن لم يرض فليس من اللّه» (۲)وفى (الجواهر) (۳): بلا خلاف أجده إلّا عند من ستعرف. ثم نقل الخلاف عن بعض العامه من وجوبها عليه وتحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه.

لكن بناءاً على كون الإحلاف وكيفيّته حقاً للمدّعى، يجب عليه الإجابه، وفى روايه عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه: « . . . فإن كان المطلوب بالحق قد مات فأُقيمت عليه البينه، فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا إله إلّا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلّاـ فلا حق له. . .» (۴)فإن ظاهرها أن الامتناع عن اليمين المغلّظه نكول، لكن لا يبعد أن لا يكون النظر فيها إلى الكيفيه بل المراد - كما عليه الأكثر - هو الإمتناع عن أصل اليمين وأنه إن لم يحلف فلا حقّ له.

وذكر فى (الجواهر) وجه خلاف بعض العامه بقوله: ولعلّ وجهه أنه لا

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۸.
۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۳: ۲۱۱/۱. كتاب الأيمان، الباب ۶.
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۲۳۴.
۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۶/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۴.

فائده فی استحبابه للحاکم مع فرض عدم وجوبه علی المدّعی علیه، مضافاً إلی استمرار السیره علی توجیه الیمین مغلّظه علی المنکر. . . (قال) : إلا أن ذلک کلّه کما تری.

أی: لأن اللّغویه ممنوعه، لأن أثر استحباب التغلیظ للحاکم هو تخویف المدّعی علیه وتشدید الأمر علیه، لئلاّ یقدم علی الیمین الکاذبه (۱)، ولأن اتصال هذه السیره بزمن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم. غیر معلوم، ولو سلّم، فإنها لا تدلّ علی وجوب الإجابه وأنه لو امتنع کان ناکلاً. . .

فالحاصل: إن فی المسأله قولین: الوجوب، وهو لأصحابنا، وعدم الوجوب، وهو لبعض العامه (۲)، ولا قائل بالإستحباب.

وعن آخر من العامه: التفصیل بین التغلیظ الزمانی والمکانی، فتجب الإجابه علیه فیه، وبین التغلیظ القولی فلا تجب، ولعلّه لإطلاق أدلّه الیمین، وأما وجوبها بالنسبه إلی الزمانی والمکانی، فلأنّ للمدعی أن یؤخّر استحلافه إلی یوم الجمعه أو إلی المسجد مثلاً، ولیس للمدعی علیه الامتناع من ذلک. قال فی (الجواهر) : وفیه: أنه یمکن أن یکون الأمر بالعکس. . . لکن فی (کشف اللثام) الموافقه علی ذلک، فلم یجوّز الجبر فی التغلیظ القولی، (قال) : أمّا بالزمان والمکان

۱ - ۱) کما عن أمالی الشیخ: « اختصم امرؤ القیس ورجل من حضرموت إلی رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم فی أرض فقال: ألک بینه؟ قال: لا، قال: فیمینه. قال: إذن واللّه یذهب بأرضی. قال: إن ذهب بأرضک بیمینه کان ممن لا ینظر اللّه إلیه یوم القیامه ولا یزکّیه وله عذاب ألیم. قال: ففزع الرجل وردّها إلیه» وسائل الشیعه ۱۸: ۱۷۲.

۲ - ۲) روضه الطالبین ۸: ۳۱۲.

فیجبر علیهما، فإن الیمین حق للمدعی. . . (۱).

أقول: إن التغلیظ مطلقاً مستحب للحاکم، علی المشهور، والمستحب یتسامح فیه، إلاّ أنهم دقّقوا النظر فی المسأله من جهه ترتب أثر النکول وعدم ترتبه علی الإمتناع عن الإجابه.

ثم هل یقتضی قوله علیه السلام: « لا یحلّف أحد عند قبر النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم علی أقلّ مما یجب فیه القطع» (۲)- بناءاً علی قراءته بالتشدید - جواز التغلیظ فی الحقوق والأموال کلّها مطلقاً إلاّ علی الأقل مما یجب فیه القطع، أی سواء کان عند قبره أو غیره من الأماکن المشرفه، وسواء کان التغلیظ مکانیاً أو زمانیاً؟

الإنصاف: إن استفاده هذا الحکم الکلّی من الخبر مشکل.

قال فی (الجواهر) : ولو ادّعی العبد - وقیمته أقل من نصاب القطع - العتق، فأنکر مولاه، لم یغلظ، ولو ردّ فحلف العبد غلظ علیه، لأن العتق لیس بمال ولا المقصود منه المال (۳).

الثانی: حکم ما لو حلف لا یجیب إلی التغلیظ:

قال المحقق: « لو حلف لا یجیب إلی التغلیظ فالتمسه خصمه لم تنحل یمینه» (۴).

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۲۳۴ - ۲۳۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۸/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲۹.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۲۳۵.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۸۸.

أقول: لو حلف الشخص على أن لا يحلف اليمين المغلّظه انعقدت يمينه، ولو خالف وجبت عليه الكفاره، فإن التمسه خصمه قال المحقق: لا تنحلّ يمينه، لعدم رجحان التغليظ، بل إن مفاد بعض الأخبار كراهه اليمين المغلظه ومرجوحيّتها. . . وليس من شرط متعلّق اليمين أن يكون راجحاً - كما هو الحال فی متعلق النذر - بل يشترط فيه أن لا يكون مرجوحاً. واستحباب إحلاف الحاكم إيّاه كذلک لا يلازم استحباب إجابه الحالف إليه.

أقول: لكن يمكن القول بأن أدلّه استحباب إجابه دعوه المؤمن وقضاء حاجته، توجب زوال الكراهه وتحقق الرجحان لليمين المغلظه، نظير الصوم المستحب حيث يترجح الإفطار منه لو طلب ذلک، ونظير ما إذا نذر الولد ترک شیء كشرب التتن مثلاً حيث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلک، لأن فعله حينئذ يترجح على تركه، ومن شرط انعقاد النذر رجحان متعلّقه.

بل الظاهر عدم انعقاد اليمين مع طلب المؤمن على أن لا يجيب.

على أن هناک أخباراً تدلّ على أن الرجل لو حلف يميناً على أمر، ثم رأى مخالفتها خيراً من الوفاء بها، جاز له المخالفه بل استحب ولا كفاره عليه. . . فعن سعيد الأعرج: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، وإن لم يتركها خشی أن يأثم، أيتركها؟ قال: أما سمعت قول رسول اللّه صلّی اللّه عليه وآله وسلّم: إذا رأيت خيراً من يمينک فدعها» (1).

واستدل فی (الجواهر) لما ذكره المحقق بأن « حق المستحلف متأخّر عن لزوم

1- 1) وسائل الشيعه 23: 240/1. كتاب الأيمان، الباب 18.

اليمين» (۱). أی: إنه لمّا حلف علی أن لا یجیب، فقد لزمت الیمین، وحق المستحلف فی إحلافه متأخر عن لزومها، وهذا الدلیل لا یلائم الدلیل السابق علیه، لأنه مع فرض عدم استحباب الإجابه لعدم الملازمه لا یبقی حق للمستحلف، إلا أن یکون هذا الوجه بعد الغض عن ذاک الوجه السابق له.

ثم قال: وما ورد من أن طرّو أولویّه المحلوف علی ترکه یبیح الحلّ، لا یجدی، إذ لا أولویّه للحالف وإن التمسه الخصم، أی طلبه منه. . .

وهذا الکلام إشاره إلی خبر سعید الأعرج ونحوه، الظاهر فی جواز المخالفه بل استحبابها.

قال: لکن فی (الدروس) (۲): ولو حلف علی عدمه، ففی انعقاد یمینه نظر، من اشتمالها علی ترک المستحب، ومن توهّم اختصاص الإستحباب بالحاکم. وقد اعترض علیه بقوله: وفیه أنه لا خلاف أجده فی اختصاص الإستحباب به، بل فی (الریاض) (۳): نسبته إلی ظاهر النص والفتوی، بخلاف من علیه الحلف، فإن الأرجح له ترک التغلیظ بل الأرجح له ترک الحلف باللّه. . . ومن هنا قال فی (کشف اللثام) (۴)معرّضاً بما سمعته من الدروس: واحتمال عدم انعقاد الیمین باستحباب التغلیظ فی غایه الضعف» .

ص:۳۵۸

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۲۳۶.

۲- ۲) الدروس الشرعیه ۳: ۹۶.

۳- ۳) ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۷.

۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۱۱۶.

قلت: لكن (كاشف اللثام) ممن قال بالفرق بين التغليظ القولى وبين التغليظ الزمانى والمكانى، فاختار لزوم الإجابه فى الثانى دون الأوّل، وعلى هذا المبنى، فلا مانع من القول بانحلال اليمين السابقه على عدم الإجابه.

ثم إن اليمين تاره: تكون فى المرافعات الماليه، فهنا يمكن أن يقال بتخيير المدّعى عليه بين اليمين وبين دفع المال المدّعى، ولكن هل يمكن أن يكون الشيء الواجب بالوجوب التخييرى مكروهاً فى نفس الوقت؟ وأخرى: تكون فى الجنايات، فإنه إذا لم يحلف حينئذ يجرى القصاص فى حقه، فيكون الحلف حينئذ واجباً عليه بالوجوب التعيينى، وحيث تجب اليمين فكيف يقال بكراهتها؟ فمن هنا قال فى (الجواهر) (۱): ولكن الإنصاف عدم خلوّ المسأله بعد من إشكال. . .

وكذا الأمر بالنسبه إلى التغليظ، ولذا قال قدّس سرّه: بل وكذا المغلّظه منها بعد أمر الحاكم بها كذلك. . .

قال: بل لا يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف، وإن كان مخالفاً للحاكم الذى لا ينبغى أن يأمره بما هو مكروه فى حقه، كما هو مقتضى القول المزبور.

فتلخص: أن ما ذكره المحقق قدّس سرّه مشكل.

أقول: تاره: يجتمع حكمان من الأحكام الخمسه فى موضوع واحد مثل: « أنقذ الغريق، ولا تغصب» فيمن اتفق غرقه فى مكان مغصوب، وحينئذ، يتقدّم أحدهما الأهم بحكم العقل.

وتاره: يتوجّه أحد الحكمين إلى ذات الموضوع والآخر إلى ذاك الموضوع مقيّداً بأن لا يتوجه إليه حكم آخر، وحينئذ، لا ريب فى تقدّم الحكم الأوّل على الثانى فى حال اجتماعهما، ومن هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر - قبل حصول

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۲۳۷.

الإستطاعه – أن يزور أبا عبداللّه الحسين عليه السلام فى كلّ عرفه، ثم حصلت له الإستطاعه، وانحلال نذره المذكور، خلافاً لصاحب (العروه) قدّس سرّه، لأن الشرط فى وجوب الحج هو الإستطاعه من حيث المال والبدن وتخليه السرب، وحيث تحقق ذلك كانت الإستطاعه متحققه ووجب الحج، لأن الأمر بالحج متوجّه إلى ذات الحج، والأمر بالوفاء بالنذر – فى حقيقته – متوجّه إلى زياره عرفه المقيّده بعدم استلزامها لتفويت الحج (١).

وفيما نحن فيه، إن كان الأمر بالحلف المغلّظ متوجهاً إلى ذات اليمين من دون قيد الرجحان، وكان الأمر بالتزام ما حلف عليه سابقاً مقيداً بعدم استلزام ذلك لترك ما هو الراجح، فإنه يتقدّم أمر الحاكم باليمين المغلظه، إجابه لالتماس الخصم وتنحلّ اليمين السابقه.

كيفيه استحلاف الأخرس:

قال المحقق: « وحلف الأخرس بالإشاره، وقيل: وضع يده على اسم اللّه فى المصحف، أويكتب اسمه سبحانه ويوضع يده عليه، وقيل: يكتب اليمين فى لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه، فإن شربه كان حالفاً وإن امتنع أُلزم الحق،

ص:٣٦٠

١- ١) قال السيد بأن الحج مشروط بالاستطاعه الشرعيه بالإضافه إلى الإستطاعه من حيث المال والبدن وتخليه السرب، وقد أفتى بناء على ذلك بعدم وجوب الحج على من نذر قبل حصول الإستطاعه الماليه والبدنيه أن يزور الحسين عليه السلام فى كلّ عرفه، لأن الوفاء بهذا النذر واجب ولو حج لفات هذا الواجب، فهو معذور شرعاً من الحج لعدم الاستطاعه الشرعيه، كالعقلى فى المنع من الوجوب. وقد ذكر سيدنا الاستاذ فى حاشيه العروه أن الشرط فى وجوب الحج على ما يستفاد من الروايات هو الاستطاعه من حيث المال والبدن وتخليه السرب، وأما اشتراط عدم تفويت واجب آخر فلا يستفاد منها، ولذا يجب الحج فى الفرض المذكور. العروه الوثقى ٢: ٢٢٩ / المسأله، ٢٤٢ / المسأله ٣٢.

استناداً إلى حکم علی علیه السلام فی واقعه الأخرس» (۱).

أقول: فالأقوال فی کیفیه استحلاف الأخرس مختلفه، ومستند الأخیر صحیحه محمد بن مسلم التی ذکرناها سابقاً، وربما یستظهر منها التعیین، ولکن الأصحاب لم یعملوا بها بهذا الوصف، إذ لعلّ الإمام علیه السلام کان عالماً بحقیقه الحال وواقع الأمر فی تلک الواقعه، وقد یؤیّد ذلک بحکمه بعد امتناعه عن الشرب من دون ردٍّ للیمین علی المدعی، وقد یقال بکونها قضیه فی واقعه لا سیّما بالنظر إلی ما ذکر، أو أن ذلک کیفیه من أنحاء استحلاف الأخرس.

والحق أنه لا یستفاد منها الحصر، لأن لفظ الیمین الذی کتبه الإمام علیه السلام یختلف من حیث التغلیظ عمّا جاء فی الأخبار الاخری، ولذا احتاط فی (الجواهر) (۲)بالجمع بین الإشاره المفهمه التی بها یتم العقد والإیقاع وغیرها من الأخرس، وبین الکیفیه المذکوره مع رضاه بشرب ذلک الماء، وإلا فالإشاره.

هل یشترط کون الاستحلاف فی مجلس الحکم؟

قال المحقق: « ولا یستحلف الحاکم أحداً إلا فی مجلس قضائه إلا مع العذر، کالمرض المانع وشبهه. . .» (۳).

أقول: لقد ادعی الإجماع علی هذا الحکم، وظاهر (الجواهر) أن الإستحلاف فی مجلس القضاء والحکم - أی کونهما فی مجلس واحد - من شرائط نفوذ الحکم، فتکون عباره المحقق هذه کقوله: « لا یستحلف أحد إلا باللّه. . .»

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۸.
۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۲۳۹.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۸۸.

ونحوه، ويكون نتيجه ذلك أنه لو استحلفه في غير ذاك المجلس من غير عذر لم يؤثر الحكم المتعقب له. . . قال في (الجواهر) (١): ولعلّه لأصاله عـدم انقطاع الدعوى بغيره، بعد الشك أو الظن بعدم تنازل الإطلاق الوارد في تعليم ميزان القضاء للحكّام لغير الغرض ولو للإتفاق المزبور، بل يمكن دعوى انسياق ذلك منه، خصوصاً النصوص المستفيضه المشتمله على الشكوى من نبي من الأنبياء إلى اللّه تعالى من القضاء بما لم تر العين ولم تسمع الأُذُن، فقال: « إقض بينهم بالبيّنات وأضفهم إلى اسمي يحلفون به» (٢). الظاهره في مباشره ذلك بنفسه، فلا تصح الإستنابه فيه حينئذ.

لكن في (المسالك) جعل المراد من العباره الكراهه، فإنه قال: قد تقدّم أن مكان التغليظ المستحب للحاكم المسجد ونحوه، وحينئذ، فالنهي عن الإستحلاف في غير مجلس القضاء المراد به منه الكراهه إنما يتم على تقدير كون مجلس القضاء من أمكنه التغليظ، وإلا لم يتم النفي والنهي مطلقاً، أو يحمل على يمين لا تغليظ فيها. . .

بل ظاهر (السرائر) (٣)أن استحلافه في مجلس الحكم من الامور المستحبه للحاكم، فإنه قال: « وينبغي للحاكم أن لا يحلّف أحداً إلاّ في مجلس الحكم. . .» فيكون من المستحبات مثل استحباب التغليظ للحاكم. . . وبناء عليه، يتوجه البحث عن استحباب ذلك للحالف أيضاً وعدم استحبابه.

ولكن الأكثر على الأوّل، وهو جعل « لا يستحلف» عزيمه، ولذا تعرّضوا

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٤٠.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١.

٣- ٣) السرائر في الفقه ٢: ١٦٤.

لنفوذ الحكم وعدمه بدون ذلك، ولو كان مكروهاً أو مستحباً لم يكن لذلك البحث هنا وجه، ولما تمسّكوا بالأصل.

أقول: إلاّ أن الشك الذى ذكره فى (الجواهر) مسبّب عن الشك فى شرطيه الإستحلاف فى مجلس الحكم لنفوذ الحكم، فيكون المرجع هو البراءه، وتكون النتيجه نفوذ الحكم، وأما الخبر الذى ذكره قدّس سرّه فإن ظهوره فى المباشره ليس لفظيّاً، نعم، اللاّزم العقلى لتوجه الخطاب بإضافه الحاكم ذلك إلى اسمه تعالى هو المباشره، إلاّ إذا قامت قرينه على أن المطلوب غير مشروط بالمباشره، وحيث لا قرينه فلا حجه للمخاطب على الترك.

ثم إن بعض الامور تقبل الوكاله عرفاً كالعقود، فتشملها أدلّه الوكاله وإن كانت أدلّه تلك الامور ظاهره فى المباشره، لأن أدلّه الوكاله تنزّل الغير منزله الموكّل، فإن كان الاستحلاف منها شملته أدلّه الوكاله كذلك، ولم يلزم مباشره الحاكم له، بل يكفى استحلاف وكيله، ويكفى استحلافه سواء كان فى المجلس أو غيره، عملاً بإطلاق « البيّنه على المدّعى واليمين على من أنكر » ، وإن كان الاستحلاف من الامور غير القابله للتوكيل كما هو الأصل فى العبادات، فالمباشره لازمه. . .

هذا كلّه، إلّامع العذر، كالمرض المانع من الحضور وشبهه، فإن الأكثر - بل نفى الخلاف فيه - على أن الحاكم يستنيب من يحلّفه فى مكانه، وكذا المرأه التى لا عاده لها بالبروز إلى مجمع الرجال، فإنه يرسل إلى منزلها من يستحلفها. . . وقيل: يجب على الحاكم المضى بنفسه مع فرض عدم النقص عليه، وقيل: بالتوقف حتى يزول العذر.

قلت: لكن أدلّه الوكاله مطلقه تعم صوره الإختيار والإضطرار، فإن كان

الأمر يقبلها جاز التوكيل فيه مطلقاً وإلا فلا كذلك، اللهم إلا أن يكون إجماع، فالأحوط هو القول الأوّل، وعند الإضطرار، فالقول الثانى مع فرض عدم النقص عليه، وإلا فالثالث، اللهم إلا إذا استلزم التوقف الضرر. . . وإن كان القول بعموم أدلّه الوكاله - إلا ما خرج بالدليل - غير بعيد، ويشهد به تجويزهم لذلك عند الإضطرار، وقد تقدم سابقاً بعض الإشاره إلى ذلك (۱).

ص:۳۶۴

۱- ۱) فى البحث عن جواز التوكيل فى القضاء وعدمه.

البحث الثانی: (فی یمین المنکر والمدّعی)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « الیمین تتوجّه علی المنکر تعویلاً علی الخبر، وعلی المدعی مع الردّ ومع الشاهد الواحد، وقد تتوجّه مع اللّوث فی دعوی الدم» (۱).

أقول: الأصل فی الیمین أن تتوجّه علی المنکر، وقد أستثنی من ذلک موارد، ذکر المحقق ثلاثه منها:

أحدها: ردّ المنکر الیمین علی المدّعی.

والثانی: ثبوت الدعوی بیمین المدّعی مع الشاهد الواحد فی دعوی الدین.

والثالث: ما إذا کانت دعوی المدّعی فی القتل مقرونه بالظن، فهنا تتوجّه إلیه الیمین، علی تفصیل ذکر فی محلّه.

وتتوجه الیمین علی المدّعی فی الدعوی علی المیّت مع البیّنه، وفی الموارد التی لا ـ تعلم حقیقه الحال فیها عاده إلا ـ من قبل المدّعی، کما إذا طلّقت المرأه فادّعت کونها غیر طاهره عند الطلاق.

والحاصل: إن الأصل توجّهها علی المنکر، وهذا الأصل قانون کلّی مستفاد من الأخبار (۲)، ویکون هو المرجع فی کلّ مورد شکّ فی توجّه الیمین فیه علی المدّعی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۳۳. أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعوی، الباب ۳.

أو المنكر. . . وقد جاء فی أكثر تلك الأخبار: « واليمين على المدّعی عليه» لكن الفقهاء يعبّرون عنه ب « المنكر» ، ولعلّه من جهه أن المدّعی عليه قد لا تجب عليه اليمين، كما إذا أقرّ بما يدّعيه المدعی.

وهذه الأخبار تقيّد إطلاق قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضی بينكم بالبيّنات والأيمان» (۱)إنْ كان مطلقاً.

قال: « ولا يمين للمنكر مع بيّنه المدّعی» (۲).

أقول: ويدل على ذلك النصوص أيضاً (۳).

قال: « لانتفاء التهمه عنها» .

أقول: أی لما يقيم المدّعی البينه وهی حجّه شرعيّه من دون ضمّ يمين إليها تنتفی التهمه عن الدّعوی.

قال: « ومع فقدها، فالمنكر مستند إلى البراءه الأصليه، فهو أولى باليمين» .

أقول: هذا معنی آخر للأصل المذكور سابقاً، فإنه مع فقد المدّعی للبينه، يكون المنكر مستنداً إلى البراءه الأصليّه، إذ الأصل براءه ذمه المنكر عمّا يدّعيه المدعی، وحيث ادّعی عليه فهو أولى باليمين من المدعی، فإن حلف سقطت الدّعوی.

وأما استحلاف المدّعی الذی لا بيّنه له على ما يدعيه، فيتوقّف جوازه على وجود دليل فی مقابل الأصل الذی يقتضی براءه ذمه المدّعی عليه، وأمّا « إنما أقضی بينكم. . .» فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء، وليس فيه تعرّض إلى

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۸۹.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۱. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوی، الباب ۷.

من علیه البینه ومن علیه الیمین، فلا إطلاق له.

علی أن ید المنکر علی مورد الدعوی لا ترتفع بیمین المدعی، وأمّا تقدّم البینه علی الید فقد ثبت بالدّلیل.

أقول: لکن الظاهر أن هذا المعنی لا یصلح لأن یکون الحکمه لجعل الشارع الیمین وظیفه للمنکر، ولیس معنی آخر للقاعده الکلیّه فی المقام، بحیث یکون المرجع لدی الشک لولا النصوص المشار إلیها.

حکم ما إذا کان الحلف علی نفی فعل الغیر وفروع ذلک

قال المحقق: « ومع توجهها یلزم الحلف علی القطع مطرداً، إلاّ علی نفی فعل الغیر فإنها علی نفی العلم» (۱).

أقول: هذا أحد الأقوال فی المسأله، وفیها قولان آخران:

أحدهما: لزوم أن یکون الحلف علی نفی العلم دائماً، لأن المؤثر هو العلم، فلو ادّعی علی زید حقّاً، کان مجرد عدم علمه بالحق کافیاً لعدم ثبوته، ولا حاجه إلی نفیه کونه مدیناً للمدّعی.

والثانی: لزوم کون الحلف علی البت والقطع، سواء کان علی فعله أو فعل غیره، إذ لا معنی للتقابل بین الواقع ونفی العلم به، بل إن الیمین یجب أن تکون دائماً مع الجزم والیقین بنفی الدعوی مطلقاً.

أقول: والذی وجدنا فی النصوص هو الحلف والاستحلاف علی نفی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۹.

المدّعی، ولم نجد فی شـی منها أن یحلف علی نفی العلم (١)وکیف کان، فالمعتبر هو الجزم، سواء قلنا بأن نفی المدّعی یسـتلزم نفی العلم به أو لا، وقـد أفتی بعضـهم بأنه حیث ینکر المـدّعی به له أن یحلف علی نفیه وأن یحلف علی نفی العلم به، وأما علی القول بلزوم الیمین علی نفی المدّعی علی البت، فلا یکفی الیمین علی نفی العلم حینئذ.

وبنـاءاً علی القـول الثـانی، لو ادّعی علیه دینـاً ولاـ بینه له، وجب علیه الأـداء فی صوره العلم بکونه مـدیناً، ومع الشـک لاـ یجب، لأصـاله البراءه، فإن ادّعی علمه بـذلک ونکل المـدّعی علیه عن الیمین، ثبت الحق ووجب علیه الأداء، وحینئـذ، یتوجه علی هـذا القول أنه لا یمکن أن یکون المیزان الیمین علی نفی العلم فی کلّ مورد، مع أنه مخالف لظواهر النصوص المشار إلیها، ومن هنا، فقد حمل هذا القول علی کون الدّعوی علی فعل الغیر مع دعوی کون المدّعی علیه عالماً، فهناک یحلف علی نفی العلم.

ثم إنه لو ادّعی علیه ما لیس یعلمه ولم یطلب منه الیمین علی نفی العلم، سقطت الدعوی، لأن الجواب بنفی العلم بمنزله الإنکار، فإن لم یکن له بیّنه ولم یستحلفه کانت الدعوی ساقطه.

هذا، وهنا فروع یشکل حکمها وإلحاقها بأحد القسمین، قال المحقق:

« فلـو ادّعی علیه ابتیـاع أو قرض أو جنـایه فـأنکر، حلف علی الجزم، ولو ادّعی علی أبیه المیت لم یتوجه الیمین مـا لم یـدّع علیه العلم، فیکفیه الحلف أنه لا

---

١ – ١) أنظر: خبر عبـد الرحمـان بن أبی عبـدالله، وخبر ابن أبی یعفور، وخبر کیفیه احلاـف الأـخرس، وقـدوردت نصوصـها فی الکتاب.

يعلم» (۱).

أقول: أما فی الفرع الأوّل، فلأنّ الابتیاع مثلاً فعل نفسه، فإذا أنکر حلف علی الجزم، وأما فی الفرع الثانی، فلا تتوجه علیه الیمین، لأنه فعل الغیر، فإن ادّعی علیه العلم بفعل أبیه المیت - مثلاً - کفاه الحلف علی أنه لا یعلم.

هذا، وظاهر قوله: « فیکفیه الحلف أنه لا یعلم» هو فصل الخصومه بهذا الحلف، وأما إذا لم یحلف کانت الخصومه باقیه وتسمع بینه المدعی حینئذ، وسیأتی بیان ذلک قریباً.

ومن الفروع ما ذکره بقوله: « وکذا لو قال قبض وکیلک» .

یعنی: أنه لو طالبه بحقّه فقال له: قبض وکیلک، فإن کان یعلم بعدم القبض جاز له الحلف علی الجزم علی قول، وقیل: لا یجوز، لأنه فعل الغیر.

أقول: لکن قد یحصل له العلم والجزم بعدم القبض وإن کان فعل غیره، فحینئذ یجوز له الحلف علی القطع، لأن المنع عن الیمین علی فعل الغیر هو من جهه الجهل به غالباً، فإن علم به جاز، کما إذا قال المدین: قبضه وکیلک الساعه العاشره من صباح یوم الجمعه، وقد کان الوکیل عند موکّله المدّعی یوم الجمعه من أوّل الصبح حتی الظهر مثلاً، فإنه حینئذ یجوز للموکّل أن یحلف علی البت علی نفی القبض، لعلمه الجازم بذلک. . .

فإن لم یعلم الموکّل لم یجز له الحلف، وکذا لا یحلف علی نفی العلم ما لم یدّع علیه ذلک، وحیث لا بینه للمدّعی علیه علی الأداء، وجب علیه دفع الحق.

وفی (الجواهر) عن کشف اللثام: « فإذا حلف الموکّل أثبت المدّعی قبض الوکیل أو حلف علی البراءه. وفیه: إنه لا وجه للحلف بدون رضا الموکّل. . .» (۲).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۲۴۳.

أقول: ليس في (كشف اللثام) (١)ما يفيد ذلك، وهذا نصّ كلامه معلّقاً على قول العلّامه: « ولو قال قبض وكيلك حلف على نفي العلم» بقوله: « دون البتّ، لأنه فعل الغير وإن قيل أن يده وقبضه قبضه» نعم، في (القواعد) (٢)فرع آخر ذكره بقوله: « ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق وإن نفي الدعوى على رأي» .

هذا، ولكن قال المحقق الآشتياني (٣)قدّس سرّه: إنه لو ادّعى علمه بالقبض لم تسمع دعواه - لا ـ أنه يحلف لنفيه - لأن علم الموكّل لا يلازم صدق الدّعوى، إذ قد يكون جهلاً مركّباً، ولا يكون حجّه للحاكم حتى يحكم على طبقه.

وفيه: إنه منقوض بما لو ادعى علمه بقبض الوكيل فصدّقه الموكّل، فإن هذا التصديق يكون بمنزله الإقرار عرفاً، وإن احتمل عقلاً كونه جهلاً مركّباً، فظهر أن لدعوى العلم بالقبض أثراً، ولا أقل من نهي الحاكم إيّاه عن المطالبه حينئذ، فلماذا لا تسمع؟

ومن الفروع ما ذكر في (المسالك) (٤)و (الجواهر) (٥): لو ادّعى عليه أن عبده

١- ١) كشف اللثام ١٠: ١٢٩.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٧.

٣- ٣) كتاب القضاء.

٤- ٤) مسالك الأفهام ١٣: ٤٨٦.

٥- ٥) جواهر الكلام ٤٠: ٢٤٣.

جنى على المدّعى ما يوجب استحقاقه أو بعضه، فأنكر، فوجهان، من أنه فعل الغير فيحلف على نفى العلم، ومن أنه عبده ماله وفعله كفعل نفسه ولذلك سمعت الدّعوى عليه، فيحلف على البت.

فعلى الثانى: إن لم يحلف يكون ناكلًا، بخلاف الأوّل فلا يكون ناكلًا بعدم الحلف، فإن كان للمدعى بينه على الجنايه فهو، وإلا سقطت دعواه.

ومنها: إذا ادّعى عليه أن بهيمته أتلفت زرعاً له - مثلًا - حيث يجب الضمان بإتلاف البهيمه، فأنكر، فهل يحلف على البت لأنه الذى يضمن الضرر بتقصيره فى حفظها، أو لا، لأنه فعل الغير؟ قولان.

وعن الشهيد: إن العبد يخالف البهيمه من وجهين: أحدهما: إن البهيمه لا ـ تضمن جنايتها إلا مع التفريط، بخلافه، والآخر: إن جنايه العبد تتعلّق برقبته، فإذا أتلف لم يضمن مولاه، بخلاف البهيمه، فإنها إذا أتلفت بتفريط، فإن المالك يضمن جنايتها ولا تتعلّق برقبتها.

ومنها: لو نصب البائع وكيلًا ليقبض الثمن ويسلّم المبيع، فقال له المشترى: إن موكّلك أذن فى تسليم المبيع وأبطل حق الحبس وأنت تعلم، فهل يكتفى بالحلف على نفى العلم لأنها لنفى فعل الغير، أو لابدّ من اليمين على البت لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول أو بردّ اليمين؟ وجهان.

ومنها: لو طولب البائع بتسليم المبيع، فادّعى حدوث عجز عنه وقال للمشترى: أنت عالم به. قيل: يحلف على البت لأنه يستبقى بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه، ويحتمل الحلف على نفى العلم، لأن متعلّقه فعل الغير.

ومنها: ما لو مات عن ابن فى الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا، فأنكر، قيل: يحلف على البت أيضاً، لأن الاخوه رابطه جامعه بينهما، ويحتمل قويّاً حلفه على نفى العلم.

ثم إن المراد من « الغير» هو أن لا يكون الفعل مستنداً إلى نفسه مع الإلتفات، وإن لم يكن مستنداً إلى « غيره» .

هذا، وقد اعترض صاحب (الجواهر) على القول الأوّل، بعد ذكر الفروع المذكوره بقوله: « ولكن تحقيق الحال فى ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى – المتعلّقه بفعل الإنسان نفسه نفياً وإثباتاً وبفعل الغير إثباتاً – يميناً على البت أو ردّاً، وإلّا كان ناكلاً قضى عليه به أو بردّها من الحاكم، ولا يجديه الجواب بنفى العلم وإن صدّقه المدعى فضلاً عمّا لو ادّعاه عليه أيضاً، فإن جميع هذه الفروع مبنيّه على ذلك، وقد تقدّم سابقاً فى جواب المنكر ما يستفاد منه المناقشه فى ذلك، ونزيد هنا بأنه لا دليل على تسبيبها ذلك. . .» ثم إنه قدّس سرّه انته إلى القول: « وبذلك يظهر لك حينئذ ما فى الفروع السابقه جميعها، وأنه لا فرق فى الحكم فيها بين القول بتعلّقها فى فعل الغير أو فعل المدّعى عليه، فى الإجتزاء بيمين نفى العلم مطلقاً أو إذا ادّعى عليه، وإلاّ كان طريق إثباتها منحصراً فى البينه. . .» (١).

قلت: لكن الأظهر كون اليمين على البت، لأنه مقتضى أدلّه وجوبها على المنكر، فإن كانت الدّعوى على الواقع وهو ينكرها، حلف على البت، سواء كان على نفى فعل نفسه أو غيره، وإن كانت على علمه وهو ينكره، حلف على نفيه كذلك مطلقاً.

ولو كان شاكّاً فى صدق دعوى المدّعى، لم يمكنه اليمين، سواء كانت على فعل نفسه أو غيره، فلا يمكنه ردّ الحلف على المدّعى، وإذ ليس للمدعى بينه على دعواه – كما هو المفروض – تسقط الدّعوى، لانحصار سبب الحكم فى بينه المدعى ويمين المنكر، وكلاهما منتفيان، فإن ادّعى عليه العلم بالواقع بعدئذ كانت دعوى جديده وكان له الحلف على نفيه.

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٤٥.

فيكون الحاصل لزوم كون اليمين على البتّ مطلقاً.

وهل اليمين بنفى العلم تفصل الخصومه كيمين المنكر على عدم الحق، فلا يستمع إلى بينه المدعى بعدها أو لا؟ قال المشهور بالأوّل، وهو ظاهر قول المحقق قدّس سرّه: « فيكفيه الحلف على أنه لا يعلم» (۱)أى: فيكفيه فاصلاً للخصومه، بمعنى أن الحاكم إن حكم على طبقها لم تسمع بينه المدّعى بعدها على أصل الدّعوى، لأن معنى « واليمين على من أنكر» و « إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان» هو القضاء بكلّ يمين كان وظيفه المدّعى عليه بذلها، فحيث ادّعى عليه العلم وحلف على نفيه وحكم الحاكم، فصلت الخصومه.

على أن ظاهر المدّعى الفاقد للبينه على ما يدّعيه من الحقّ هو رضاه بيمين المدّعى عليه فى نفى دعواه علمه بالواقع، وقد دلّت الأخبار على أن من رضى بيمين خصمه سقط حقه (۲)، فإذا حلف فقد حصل سبب الحكم، وبصدوره تنفصل الخصومه ولا تسمع البينه بعدئذ، بخلاف ما إذا لم يطلب منه اليمين على نفى العلم فإنها تسمع، لأن الخصومه باقيه وليس للحاكم إحلافه، لما تقدّم من أنه لا يستحلفه إلا بالتماس المدعى.

وبعباره أخرى: عندما يحلف بنفى العلم تسقط دعوى العلم، وحينئذ، لا ملزم للمدّعى عليه بدفع الحق، لعدم البينه، فيكون أثر الحلف على نفى العلم - مع حكم الحاكم - فصل الخصومه وعدم سماع البيّنه.

فيكون الحاصل: إن الحلف على نفى العلم لا ينفى الواقع، ولكنه لا يبقى المجال

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۴. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۹.

لأن يتمكن المدعى من الإلزام بدفع شيء بإقامه البينه على الدّعوى.

هـذا كلّه بناء على عـدم جواز الحلف على البت بمقتضـى الأمارات والاصول، وإلا كان له الحلف على نفى الواقع بالاسـتناد إلى الحكم الظاهرى، فما هو المستفاد من الأدلّه؟

الظاهر عـدم الخلاـف فى أن اليـد أماره على الملكيّه، فكلّما كان تحت سـلطنه الشـخص من غير معارض يكون له ملكاً له (١)، ومن هنـا يجوز له أنحـاء التصـرف فيه، ويجوز لغيره الإخبار - في غير مورد المرافعه - عن كون الشـى ملكاً له اسـتناداً إلى كونه تحت يده.

هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والإستصحاب؟

وهل يجوز الحلف اعتماداً على اليد؟ قولان.

ويدلّ على الجواز:

١ - خبر حفص بن غياث عن أبى عبد اللّه عليه السـلام: « قال له رجل: إذا رأيت شـيئاً فى يدى رجل، يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشـهد أنه فى يـده ولا أشـهد أنه له فلعلّه لغيره. فقال أبو عبداللّه عليه السـلام: أفيحلّ الشـراء منه؟ قال: نعم. فقـال أبو عبـد اللّه عليه السـلام: فلعلّه لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصـير ملكاً لك ثم تقول بعـد الملك هو لى وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد اللّه عليه السلام: لو لم يجز

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٢. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢۵.

هذا لم يقم للمسلمين سوق» (۱).

بل قد يستظهر من قوله « وتحلف عليه» أن كلّما يجوز الحلف اعتماداً عليه تجوز الشهاده كذلک.

۲ - خبر علی بن إبراهيم فی تفسيره بسنده عن أبی عبد اللّه عليه السلام فی حديث فدک: أن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبی بکر: « أتحکم فينا بخلاف حکم اللّه فی المسلمين؟ قال: لا. قال: فإن کان فی يد المسلمين شیء يملکونه ادّعيت أنا فيه من تسأل البينه؟ قال: إيّاک کنت أسأل البيّنه علی ما تدّعيه علی المسلمين. قال: فإذا کان فی يدی شیء فادّعی فيه المسلمون، تسألنی البينه علی ما فی يدی وقد ملکته فی حياه رسول اللّه صلّی اللّه عليه وآله وسلّم وبعده، ولم تسأل المؤمنين البيّنه علی ما ادّعوا علی کما سألتنی البيّنه علی ما ادّعيت عليهم. . .» (۲).

وأماره الصدق علی هذا الخبر لائحه مع حسنه سنداً (۳).

ويدلّ علی جواز الشهاده و الحلف اعتماداً علی الإستصحاب: خبر معاويه ابن وهب قال: « قلت له: إن ابن أبی ليلی يسألنی الشهاده عن هذه الدار، مات فلان وترکها ميراثاً، وأنه ليس له وارث غير الذی شهدنا له. فقال: إشهد بما هو علمک. قلت: إن ابن أبی ليلی يحلّفنا الغموس. فقال: احلف، إنما هو علی علمک» (۴).

ص:۳۷۵

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۲/۲. أبواب کيفيه الحکم، الباب ۲۵.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب کيفيه الحکم، الباب ۲۵.

۳- ۳) ويکون صحيحاً بناء علی کون « إبراهيم بن هاشم» ثقه.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۳۶/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱۷.

ویـدلّ علی الجواز فی خصوص الشـهاده خبره الآـخر: « قلت لأـبی عبـد اللّه علیه السـلام: الرجل یکون له العبـد والامه قـد عرف ذلک فیقول: أبق غلامی أو أمتی، فیکلّفونه القضاه شاهدین بأن هذا غلامه أو أمته لم یبع ولم یهب، أنشـهد علی هذا إذا کلّفناه؟ قال: نعم» (۱).

لکن یعـارضه المنع الوارد فی ذیـل خبر آخر له، وإن کـان صـدره دالّا علی الجواز کـذلک، وهـذا نص الخبر بتمامه « قلت لأبی عبد اللّه علیه السـلام: الرجل یکون فی داره ثم یغیب عنها ثلاثین سنه ویدع فیها عیاله، ثم یأتینا هلاکه ونحن لا ندری ما أحدث فی داره، ولا نـدری ما أحـدث له من الولـد، إلا أنا لا نعلم أنه أحـدث فی داره شـیئاً ولا حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار علی ورثته الذین ترک فی الدار حتی یشهد شاهدا عدل أن هذه دار فلان ابن فلان مات وترکها میراثاً بین فلان وفلان، أو نشهد علی هذا؟ قال: نعم.

قلت: الرجل یکون له العبـد والامه فیقول: أبق غلامی أو أبقت أمتی، فیؤخـذ بالبلـد، فیکلّفه القاضـی البینه أن هـذا غلام فلان لم یبعه ولم یهبه، أفنشهد علی هذا إذا کلّفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شیئاً؟ فقال: کلّما غاب من ید المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنک لم تشهد به» (۲).

وهـذا الـذیل والخبر المتقدّم کلاهما واردان فی مورد الترافع، فحمل المانع علی هذا المورد والمجوّز علی أن المراد من الشـهاده فیه هو الإخبـار عن الواقع اسـتناداً إلی الإستصـحاب، خلاـف الظاهر، والأولی الجمع بینهما، بحمل الخبر المانع علی الکراهه، لأنه ینافی رغبه الشارع وترغیبه فی انعتاق الإماء والعبید بشتّی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۷/۳. کتاب الشهادات، الباب ۱۷.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۶/۲. کتاب الشهادات، الباب ۱۷.

الوسائل مهما أمكن.

هذا كلّه بالنظر إلى الأدلّه الخاصّه.

ويمكن الإستدلال لذلك بعمومات أدلّه الإستصحاب واليد، إذ المستفاد من خبر حفص بن غياث عدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهاده، وعليه، فإن شهد بأن هذا ملكه ترتّبت آثار الملكيّه بلا ريب، وكذا فى الإستصحاب، فحيث يستصحب طهاره الثوب – مثلًا – وتجوز الصّلاه فيه، يجوز الحلف على هذه الطهاره أيضاً، ولا مقيّد بكونها طهاره واقعيه حتى لايجوز الحلف.

ثم إن الدعوى تبرز تاره: بحيث يكون للمدّعى عليه الحلف على البت، وإن كانت فى الواقع متعلّقه بفعل الغير، كأن يقول له: « الذى فى يدك لى» وأخرى: تبرز على وجه لا يكون له ذلك، كأن يقول له: « الذى بيدك قد غصبه مورّثك» فهنا يحلف على نفى العلم.

متى يحلف المدعى؟

قال المحقق: « أمّا المدعى ولا شاهد له فلا يمين عليه» .

أي: لما تقدّم مراراً من قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « البينه على المدعى واليمين على من ادّعى عليه» .

قال: « إلا مع الردّ أو نكول المدّعى عليه على قول» .

أي: بناءاً على القول بتوجّه اليمين على المدّعى مع نكول المدعى عليه، وأمّا على القول الآخر فيثبت حق المدّعى بنكول المدّعى عليه من دون يمين.

قال: « فإن ردّها المنكر توجّهت، فيحلف على الجزم، ولو نكل سقطت دعواه إجماعاً» .

أی: وتنفصل الخصومه فلا تسمع دعواه بعدئذ.

قال: « ولو ردّ المنكر اليمين ثم بذلها قبل الإحلاف، قال الشيخ: ليس له ذلك إلا برضا المدّعی. وفيه تردّد، منشؤه أن ذلك تفويض لا إسقاط» (۱).

أقول: والظاهر أنه تفويض لا إسقاط، وهو مقتضی عمومات وإطلاقات « واليمين علی المدّعی عليه» ، إذ القدر المتيقن خروج صوره الردّ مع حلف المدّعی، بل هو مقتضی استصحاب جواز حلف المنكر أو بقاء حقّه فی الحلف الثابت له قبل الردّ، ولا ينافيه ما فی النصوص من التعليل بقوله عليه السلام: « لأنه رضی. . .» لأن المراد هو أن اليمين التی كانت برضاه تذهب بحقّه، لا أن مجرد رضاه بيمينه يسقطه.

قال: « ويكفی مع الإنكار الحلف علی نفی الإستحقاق. . .» .

أقول: قد يدّعی المدعی الحلف ولا يذكر سبب الإستحقاق، وقد يذكره أيضاً، فإن لم يذكر السبب حلف المنكر علی نفی الحق، وإن ذكره كان بالخيار، فله أن يحلف علی نفی الحق، وله أن يحلف علی نفی الإستحقاق بحيث يعمّ ذاك السبب وغيره، إذ لا فرق بين نفی عين المدّعی وبين نفی الأعم.

وعن الشيخ: يلزمه الحلف علی وفق الجواب، لأنه لم يجب به إلا وهو قادر علی الحلف عليه (۲).

ولكن مقتضی إطلاقات أدلّه البينه هو الأوّل.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعی المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب

ص:۳۷۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۸۹.

۲- ۲) المبسوط فی فقه الإماميه ۸: ۲۰۷.

مدّعياً والمدّعى منكراً، فيكفى للمدعى اليمين على بقاء الحق، ولو حلف على نفى ذلك كان آكد، لكنه غير لازم» (۱).

أقول: أى أنه لا ـ خلاف هنا على أن له أن يقول: واللّه لم أُبرء ذمتك، أو: واللّه ما أقبضتنى حقى، وله أن يقول: واللّه إن حقى لباق، بخلاف الفرع السابق حيث كانت المسأله خلافيّه.

قال: «وكلّ ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين ويقضى على المنكر به مع النكول، كالعتق والنسب والنكاح وغير ذلك، وعلى القول الآخر تردّ اليمين على المدّعى ويقضى له مع اليمين، وعليه مع النكول» (۲).

أقول: إن بعض الدعاوى تسقط مع عدم البينه ولا يمين فيها على المنكر، مثل الدّعوى فى الحدود، فلو أحضر زيداً عند الحاكم وادّعى عليه شرب الخمر لم يثبت بهذه الدّعوى حق، فلذا لا يسمعها الحاكم، وأمّا لو كان له بينه على ذلك حكم بوجوب الحدّ عليه. وبعض الدعاوى يحلف المنكر فيها على النفى عند عدم البينه، مثل الدّعوى على مال أو حق.

وبعض الدعاوى وقع الخلاف فيها بين العامّه والخاصّه، مثل الدّعوى على الطلاق والنكاح، فالأصحاب على أن اليمين تتوجّه على المنكر مع عدم بيّنه المدّعى، وخالف بعض العامه، فمنع من توجّه الحلف على المنكر فى الأبواب المذكوره، لأن المطلوب من التحليف الإقرار أو النكول ليحكم به، والنكول عن اليمين نازل منزله البذل والإباحه، ولا مدخل لهما فى هذه الأبواب، وخالف بعض

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۰.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۰.

آخر منهم، فخصّ التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين إلحاقاً له بالحدّ.

ولكنّ عمومات وإطلاقات « واليمين على المـدّعى عليه» و « على من أنكر» تبطل ما ذهبوا إليه، وما ذكر فى وجه المنع استحسان محض، وقد تقدّم أن اليمين تتوجّه على المنكر فى كلّ مورد أوجب حقاً، بخلاف الدعوى فى الحدود.

مضافاً إلى خصوص مـا رووه: « إن ركـانه أتى النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم فقال: يا رسول اللّه، طلّقت امرأتى البته. فقال: ما أردت بـألبته؟ قـال: واحـده فقـال: واللّه ما أردت بها إلا واحـده؟ فقال ركانه: واللّه ما أردت بها إلا واحـده، فردّها إليه، ثم طلّقها الثـانيه فى زمن عمر والثـالثه فى زمن عثمان» (۱)حيث اكتفى فيه بـاليمين على مـا أخبر به من قصـده بها فى الطلاق، من جهه أن قصده ذلك لا يعرف إلاّ من قبله، فلذا أمره صلّى اللّه عليه وآله وسلّم بالحلف.

ولكن استحلافه على أنه قصد المرّه - ولم يكن الطلاق ثلاثاً فى المجلس الواحد مبدعاً بعد - وجهه غير واضح.

ص:۳۸۰

۱- ۱) سنن البيهقى ۷: ۳۴۲.

مسائل ثمان

المسأله الأولى: (متىٰ تتوجّه اليمين على الوارث؟)

قـال المحقق قـدّس سـرّه: « لاـ تتوجه اليمين على الوارث مـا لم يـدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق، وأنه ترک فی يـده مالاً» (١).

أقول: يشترط فی صحه الدّعوى على الوارث فی حق على المورّث أمور:

الأوّل: علم الوارث بموت المورّث.

والثانی: علمه بثبوت الحق على المورّث واشتغال ذمته به.

والثالث: العلم بوجود تركه فی يد الوارث بمقدار الحق أو بعضه.

فهذه الامور شـرط، ولذا لو صدق المدعى الوارث على عدم أحد هذه الامور الثلاثه لم يكن للدّعوى عليه وجه، فضلاً عن توجّه اليمين عليه الذى أشار إليه المحقق بقوله:

« ولو ساعد المدّعى على عدم أحد هذه الامور، لم يتوجّه» .

ثم قال قدّس سرّه: « ولو ادّعى عليه العلم بموته أو بالحق، كفاه الحلف

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٩٠.

أنه لا يعلم» .

أی: لأنها دعوی تتعلّق بعلمه بفعل الغیر، فحیث لا یعلم، کفاه الحلف علی نفی العلم.

قال: « نعم، لو أثبت الحق والوفاه وادّعی فی یده مالاً، حلف الوارث علی القطع» (1).

أقول: لا إشکال فیما ذکر، لأنه بعد ثبوت الحق والوفاه بالبیّنه مثلاً، تکون دعوی وجود مال للمورث عند الوارث متعلّقه بأمر راجع إلی نفس الوارث، فإن کان ینکر ذلک وجب علیه الحلف علی نفیه علی البت لا علی نفی العلم.

ولکن هل الدعوی مشروطه بهذه الامور، أو أن الإستحلاف مشروط بها؟ الظاهر هو الأوّل کما ذکرنا، بل لا ریب فی اشتراط الأمر الأوّل حتی یتمکّن من الدّعوی، إذ تقدّم فی محلّه أنه یشترط فی صحه الدعوی کونها عن جزم، فلا تسمع دعواه باحتمال کونه ذا حق.

ولو صدق الوارث فی دعوی الجهل بکون مورّثه مدیناً، کانت مطالبته بحقه منه لاغیه، وأما لو کان متیقّناً من علمه أو شک فیه، جازت له المطالبه مع فرض وجود الترکه.

وهل یحلّفه علی نفی العلم أو علی إنکار أصل الدعوی؟ إن ادعی علمه بالامور کان علیه الیمین علی نفی العلم.

وهل هذه الیمین تفصل الخصومه علی الواقع؟ قولان. وتظهر ثمره الخلاف فی البینه التی یقیمها المدعی بعدها.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۰.

وعن الشيخ: إنه لا يشترط فى صحّه الدعوى أنْ يدّعى المدّعى على الوارث العلم، بل للمدعى إبراز الدعوى، وللوارث حينئذ الحلف على نفى العلم، فإن حلف سقطت الدعوى وفصلت الخصومه.

لكن قول الشيخ بجواز حلف الوارث على نفى العلم مع عدم ادّعاء المدّعى عليه ذلك، بعيد جدّاً.

وقال المحقق قدّس سرّه: « لا تتوجّه اليمين ما لم يدع علمه بالحق إذ لا يحلف على فعل الغير» .

وهذه العباره مفادها عدم كون شرط الدعوى ذلك، بل شرط الاستحلاف دعوى علمه، ويكون الحاصل جواز دعواه الحق، فإن كان له بينه ثبت حقّه وإلاّ ـ فإن ادّعى علم الوارث حلف على نفيه، وإلاّ ـ لم يحلف لأنه على فعل الغير، ومع الحلف تنفصل الخصومه وينقطع النزاع، وقيل: لا تسقط الدعوى باليمين على نفى العلم.

لكنّا نقول - بناء على ما عرفت فيما مضى فى مسأله يمين الموكّل - إنه إن كان الوارث متمكّناً من اليمين على نفى أصل الدّعوى، جاز له ذلك، وإلاّ وجب عليه اليمين على نفى العلم وإن لم يكن يدّعى عليه العلم، حتى ولو كان المال الذى بيده للمدعى فى الواقع، إلاّ أن يقال بانصراف أدلّه « اليمين على من ادّعى عليه» عن هذا المورد، لكن قد تقدّم أن الأظهر عمومها للمورد، وأن اليمين على نفى العلم تقوم مقام اليمين على نفى الواقع، لأن الغرض من الدعوى على المورث فى الحقيقه هو الدعوى على الوارث وأنه عالم بذلك، وإلا لم يكن للترافع بينه وبين الوارث وجه.

وبعباره أخرى: إن اليمين على نفى العلم أثرها سدّ الطريق على المدعى بحيث لا يمكنه بعد ذلك إلزام الوارث بالحق.

ص:٣٨٣

واختار صاحب (الجواهر) قدّس سرّه كفايه اليمين على نفى العلم عن اليمين على نفى الحق، واعترض على الأصحاب بأن الأمر مشوّش غير منقح عندهم، خصوصاً بعد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى فى غير الوارث أيضاً، كما لو ادّعى مدّع على عين فى يد آخر أنه سرقه سارق وباعه أباك من دون أن يدّعى عليه العلم بذلك، ضروره عدم الفرق بين الوارث وغيره فى ذلك.

ص:۳۸۴

المسأله الثانيه: (لو ادّعى على المملوک فمن الغريم؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ادّعى على المملوك فالغريم مولاه، ويستوى فى ذلك دعوى المال والجنايه» .

أقول: يعنى أن المـدّعى عليه فى الحقيقه هو المولى، وعليه، فيكون العبره بـإقراره وإنكـاره لاـ بـإقرار العبـد وإنكاره، سواء كانت الدعوى فى المال أو كانت فى جنايه ارتكبها العبد. . . ولكن فى المسأله تفصيل، وبيان ذلك:

إنه فى كـلّ دعوى يكون الضـرر متوجهـاً فيهـا على المولى، تكون العبره بـإقرار المولى وإنكاره، فلو ادّعى على المملوك ملكيّه مال معيّن بيده، كان المولى هو المدّعى عليه فى الواقع لأنه الغريم، إذ العبد وما فى يده لمولاه، فإن أقرّ المولى، أخذ المال ودفع إلى المـدعى، وإن أنكر حلف، وكـذا لو كانت الـدعوى جنايه، فعلى القول بأن ديه خطأ العبـد على المولى يكون الإعتبار بإقرار المولى وإنكـاره، ولا فرق فى الجنايه بين ما يوجب اسـتحقاق العبـد وغيره، لأن الغريم هو المولى على كلّ حال، وأما على القول بأن هـذه الديه على العبد نفسه لا على المولى، كانت العبره بإقرار العبد وإنكاره، فإن أقرّ صبر حتى ينعتق فيؤدى وإلا حلف على النفى.

وكذا لو صدر منه ما يوجب قتله قصاصاً بعد العتق.

ولو صدر من العبد ما يوجب قتله قصاصاً فى حال رقيّته، فهل المعتبر إقرار

المولى وإنكاره لأنه الغريم، أو يعتبر إقرار وإنكار العبد، لكونه هو المباشر والمدّعى عليه؟ وجهان، وتظهر الثمره فيما لو أقرّ المولى بالجنايه وأنكر العبد، والأوّل مشكل، لأنه وإن كان هو الغريم، لكن ليس المولى مالكاً لحياه العبد، وقد تقرّر أن من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ولو أقرّ العبد بهذه الجنايه، فإن إقراره ينتهى إلى ضرر المولى، لأنّ المفروض وجوب قتله فعلاً قبل الإنعتاق، وحينئذ يتوجّه الإشكال بأن دليل: « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ليس على إطلاقه ليشمل صوره استلزامه الضرر لغيره.

فظهر أن فى المسأله تفصيلاً، والظاهر أن مراد المحقق من كلامه ما إذا كانت الدّعوى على المملوك من حيث أنه مملوك. . .

وقد تلخّص أنه يدور أمر الإعتبار بالإقرار والإنكار مدار الغرم، فحيث يتوجّه الضرر والخساره على المولى يكون الاعتبار بإقراره وإنكاره، وحيث يتوجّه على نفس العبد بأن يؤدى الحق بعد الإنعتاق، كان الاعتبار بإقراره وإنكاره.

وعن (القواعد) (۱): « وإذا ادّعى على المملوك، فالغريم مولاه، سواء كانت الدعوى مالاً أو جنايه، والأقرب عندى توجه اليمين عليه، فإن نكل ردّت على المدعى وتثبت الدعوى فى ذمه العبد يتبع بها بعد العتق» .

وظاهره وجوب اليمين على العبد وإن كان الغريم مولاه، فإن نكل لم تؤثر يمين المولى.

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۴۵.

وفی (الجواهر) (۱): ومراده علی الظاهر الإشاره بذلک إلی توجّه سماع الدعوی علی العبد منفرداً، أو اقتضاء الدعوی علی المولی یمیناً أخری علی العبد غیر یمین المولی. . .

قلت: ولکنّ توجّه الیمین علی العبد حیث یکون هو الغریم هو قول جمیع الفقهاء، ولیس قولاً للعلّامه حتی یقول: والأقرب عندی.

ویحتمل: أنه وجّه الیمین علی العبد لا المولی لأنها علی فعل الغیر.

وفیه: إنه لو کان مراده ذلک لوجّهها علی المولی، بأن یحلف علی نفی العلم.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۲۵۵.

المسأله الثالثه: (هل تسمع الدعوى فى الحدود مجرّده عن البيّنه؟)

قال المحقق: « لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرده عن البينه» (۱).

أقول: لا خلاف فى عدم سماع الدعوى فى الحدود حتى يقيم المدعى البينه المعينه شرعاً فى كلّ مورد، لأن الحدود حق اللّه تعالى وقد اشترط فى ترتيب الأثر على الدعوى فيها وجود البينه، بل إنه تعالى يحب عدم تعقيب ما يوجبها وترك إثباتها، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات (۲).

قال: « فلا يتوجّه اليمين على المنكر» .

وأما فى حقّ الآدمى، فتسمع الدعوى المجرّده عن البيّنه ويستحلف المنكر، لأن اليمين أحد طريقى إثبات حق الآدمى، ولذا يسقط الحق برضا صاحبه بيمين خصمه.

قال: « نعم، لو قذفه بالزنا ولا بيّنه فادّعاه عليه، قال فى المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف، وفيه إشكال، إذ لا يمين فى الحدّ» .

أقول: كان ما ذكرناه فى خصوص الدعوى فى حق اللّه تعالى كحدّ الزنا وشرب الخمر، ولو اشتركت الدعوى بين اللّه وبين الآدمى كحدّ القذف كأن يقذفه

ص:۳۸۸

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۸: ۴۶. أبواب مقدمات الحدود، الباب ۲۴.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۰.

بالزنا ولا بينه، فهل لليمين أثر فى ثبوت الحدّ وعدمه أو لا؟ الصحيح هو الثانى، لإطلاق النصوص الوارده فى المقام والدالّه على أنه « لا يمين فى حدّ» :

١) عن البزنطى عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام برجل فقال: هذا قذفنى، ولم تكن له بينه. فقال: يا أمير المؤمنين استحلفه، فقال: لا يمين فى حدّ ولا قصاص فى عظم» (١).

وهذا الخبر ظاهر فى أن الرجل قد ظنّ أن للقاذف الذى لا بينه له، أن يستحلف المقذوف لكونه منكراً كسائر المرافعات، فقال الإمام عليه السلام: إن اليمين لا تؤثر لا فى إثباته ولا فى نفيه.

٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث قال: « لا يستحلف صاحب الحدّ» (٢).

والظاهر أن المراد من « صاحب الحدّ» هو من يجب إجراء الحدّ عليه، ويحتمل أن يكون المراد: إن الذى يريد إجراء الحدّ - وهو الإمام - لا يستحلف.

٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: إن رجلًا استعدى علياً عليه السلام على رجل فقال: إنه افترى علىّ، فقال على عليه السلام للرجل: أفعلت ما

١- ١) وسائل الشيعه ٢٨: ٤٦/١. أبواب مقدمات الحدود، الباب ٢٤. وهو مرسل، وفى طريقه « سهل بن زياد» وقال الشيخ الحر قدّس سرّه بعده « محمد بن الحسن بإسناده عن أحمد بن محمد عن محمد بن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه عليه السلام مثله» قال صاحب الجواهر قدّس سرّه: وفى المرسل الذى هو كالصحيح بابن أبى عمير فى روايه التهذيب بل وكذا فى روايه الكافى المنجبر مع ذلك كلّه بالعمل. . . ومراده من روايه التهذيب هو الثانى ومن روايه الكافى هو الأوّل، لأن ابن أبى عمير لا يرسل إلّاعن ثقه وأحمد بن محمد بن أبى نصر - وهو البزنطى - من أصحاب الاجماع، وأن الأمر فى « سهل» سهل عنده.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٨: ٤٦/٢. أبواب مقدمات الحدود الباب ٢٤، وهو معتبر.

فعلت؟ فقال: لا، ثم قال علی علیه السلام: ألک بینه؟ قال: فقال: ما لی بینه فأحلفه لی. قال علی علیه السلام: « ما علیه یمین» (1).

خلافاً للشیخ قدّس سرّه فی (المبسوط) (2)إذ قال: « جاز أن یحلف لیثبت الحدّ علی القاذف» أی: ترجیحاً لحق الآدمی علی حق اللّه عزّ وجل، ومن الحالف حینئذ؟

فی العباره احتمالان:

أحدهما: أن یکون المراد أن یقذفه بالزنا ولا بینه، فیدّعی المقذوف علیه ذلک، فینکر ویمتنع عن الیمین ویردّها علی المدعی، فیجوز له أن یحلف الیمین المردوده لیثبت الحدّ علی القاذف.

والثانی: أن یکون المراد قذفه بالزنا بأن یقول له: یا زانی، ثم لما أرید إجراء حدّ القذف علیه ادّعی الزنا علی المقذوف ولکن لا بینه له علی ذلک، فیجوز أن یحلّف المقذوف علی عدم الزنا لیثبت الحدّ علی القاذف، فإن لم یحلف لم یثبت الحدّ.

وکیف کان، فما ذهب إلیه ینافی تلک النصوص الدالّه علی أنه لا یحلف لا فی إثبات الحدّ ولا فی نفیه، فإن کان للقاذف بینه علی الزنا سقط الحدّ وإلا ثبت، قال اللّه تعالی: «وَ اَلَّذِینَ یَرْمُونَ اَلْمُحْصَنٰاتِ. . .» إلی آخر الآیه (3).

ولیس حق الآدمی فی هذه المسأله منفصلاً عن حق اللّه تعالی لیرجّح فیها حقّه علی حق اللّه، بل الحقّان کلاهما واردان علی الحدّ، بخلاف مسأله السرقه حیث الغرم والقطع أمران مختلفان، ولذا یمکن إثبات الغرم دون القطع فی بعض صورها، کما سیأتی أیضاً.

ص:390

1- 1) وسائل الشیعه 28: 46/3. أبواب مقدمات الحدود، الباب 24، فیه « غیاث بن کلوب» وهو مجهول.

2- 2) المبسوط فی فقه الإمامیّه 8: 215 - 216.

3- 3) سوره النور 24: 4.

المسأله الرابعه: (منكر السرقه تتوجّه عليه اليمين)

قال المحقق: « منكر السرقه يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم» (١).

أقول: قد عرفت فيما تقدّم أن السرقه توجب فی حال ثبوتها أمرين: أحدهما: حق الآدمی، وهو المال المسروق، والثانی: القطع، وهو الحدّ الشرعی وهو حق اللّه تعالی، وقد عرفت أنه لا ملازمه بين الحقّين، فقد يثبت أحدهما فی مورد دون الآخر، فمن ادّعی عليه السرقه فأنكرها يتوجه عليه اليمين من جهه حق الآدمی، فإن حلف سقط الغرم.

« ولو نكل لزمه المال دون القطع، بناء علی القضاء بالنكول، وهو الأظهر» عندنا وجماعه « وإلّا حلف المدّعی» ليثبت الحق وإلا سقطت الدعوی.

قال المحقق: « ولا يثبت الحدّ علی القولين» .

أقول: أی لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين وعدمها، لا يثبت كونه سارقاً بحيث يترتب عليه الحكم الشرعی المقرر.

قال: « وكذا لو أقام شاهداً وحلف» .

أقول: أی لأنه لا يمين فی حدّ كما تقدّم، إذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد وعدمه من هذه الجهه.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٩١.

المسأله الخامسه: (لو كان له بيّنه فأعرض عنها فهل له الرجوع؟)

قال المحقق: « لو كان بيّنه فأعرض عنها والتمس يمين المنكر أو قال: أسقطت البينه وقبلت اليمين، فهل له الرجوع؟ قيل: لا. وفيه تردّد، ولعلّ الأقرب الجواز» (۱).

أقول: فی المسأله قولان، والأقوی هو الجواز وفاقاً للمحقق وغیره، وخلافاً للشیخ (۲)، ووجه التردّد عند المحقق هو التأمّل فی أن إقامه البیّنه حق للمدّعی أو أنه حکم شرعی، ولو کان حقّاً، فهل هو من الحقوق القابله للإسقاط أو لا؟

والظاهر: أنه حق لا یقبل الإسقاط، ومع الشک فی کونه حقّاً قابلًا له، یکون الأصل بقائه، وکذا یستصحب البقاء بناء علی کونه حکماً، فالظاهر هو جواز الرجوع إلی إقامه البینه، أو إلیها بعد إقامتها وقبل حلف المنکر.

ولا- یجری هنا استصحاب تأثیر الیمین، بأن یقال إنه بالإعراض أو الإسقاط یکون المؤثر الیمین، فمع الشک فی بقاء تأثیرها بعد الرجوع یستصحب التأثیر، ووجه عدم الجریان هو: أن المورد یکون من صغریات کبری دوران الأمر بین

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۱.

۲- ۲) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۱۹۰.

استصحاب حکم المخصص والتمسک بعموم العام، وقد تقرّر فی محلّه أن التحقیق هو الثانی.

قال: « وکذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بیمین المنکر» .

أی: ثم عاد إلیه قبل الحلف أو ردّ المنکر الیمین علی المدعی ثم عاد إلی اختیار الحلف الذی یقوم مقام الشاهد الثانی.

ص:۳۹۳

المسأله السادسه: (فیمن یقبل قوله بلا یمین)

ذکر المحقق فیها أربعه فروع، أفتی فی الثلاثه الاولی منها بقبول قول المدّعی بلا یمین، وتردّد فی الرابع، لکن فی (المسالک) (۱)ذکر أکثر من عشرین فرعاً، ذهب فی جمیعها إلی القبول کذلک، فالفروع الثلاثه هی:

الأوّل: « لو ادّعی صاحب النصاب إبداله فی أثناء الحول» أی لینفی عنه الزکاه « قبل قوله بلا یمین» .

الثانی: « وکذا لو خرص علیه فادّعی النقصان» أی: فی الثمره المخروصه أو الزرع عماخرص علیه لینقص عنه ما قدر علیه من الزکاه.

الثالث: « وکذا لو ادّعی الذمیّ الإسلام قبل الحول» أی: لیتخلّص عن الجزیه، بناء علی عدم شمول « الإسلام یجب ما قبله» (۲)لهذا المورد، وأما بناء علیه، فلا یطالب بالجزیه وإن لم یدّع ذلک.

ثم إن الدلیل فی هذه الفروع هو عدم الخلاف کما فی (الجواهر) (۳)، وأن الحق فی هذه الموارد للّه عزّ وجل، مع أن الحق فیها لا یعلم إلا من قبل المدّعی.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۵۰۱ - ۵۰۳.

۲- ۲) فی مجمع البحرین ۱: ۲۶۴: « فی الحدیث: الإسلام یجبّ ما قبله والتوبه تجب ما قبلها من الکفروالمعاصی والذنوب» .

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۲۶۲.

وهناك نصوص فى خصوص بعض فروع المسأله مثل أن يقول: « لا زكاه على» مثلًا (۱).

والفرع الرابع قوله: « أما لو ادّعى الحربى الإنبات بعلاج لا بالسن ء ليتخلّص من القتل، فيه تردّد، ولعلّ الأقرب أنه لا يقبل إلا مع البيّنه» (۲).

أقول: ينشأ التردد من إن قتل الكافر الحربى حدّ من حدود اللّه تعالى، وقد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات، وقد تقدّم أن لا يمين فى حدّ، وأن الإنبات لا يعلم إلا من قبل الشخص، مع أن اليمين لا تقبل من غير البالغ، وهذا مشكوك فى بلوغه.

ومن أن الإنبات أماره شرعيّه على البلوغ، وكونه بعلاج خلاف الظاهر، ولا يقبل قول من ادّعى خلاف الظاهر إلا مع البينه، وإذ لا بينه هنا، فإن أقلّ ما تثبت به الدعوى هو اليمين، فقيل: يحلف الآن لوجود الأماره الشرعيّه على البلوغ المعتبر فى صحه اليمين، وقيل: يصبر حتى يعلم ببلوغه، وعلى الأوّل، إن حلف لم يقتل وإلّا قتل، وعلى الثانى، إن حلف سقط الحدّ، وإن نكل كشف عن استحقاقه القتل منذ الأسر.

أقول: لكن يرد على القول الثانى: أنه إن بلغ كافراً وجب قتله ولا حاجه إلى هذا البحث، وإن أسلم، فإن قلنا بمقتضى « الإسلام يجبّ ما قبله» فلا يحلف ولا شىء عليه، وإلّا، فإن حلف سقط الحدّ وإن نكل قتل.

ص:۳۹۵

۱- ۱) الباب ۱۴ من أبواب زكاه الأنعام: « باب ما يستحب للمصدق والعامل استعماله من الآداب وأن الخيار للمالك والقول قوله» وقد قرأ السيد الاستاذ دام ظله الروايه الاولى من تلك النصوص وتطّرق على ضوئها إلى بعض القضايا التى وقعت فى البلاد، فأبدى تضجّره منها ونبّه على وجوب الإنتهاء عنها.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۱.

هذا إن لم نقل بأن كون الإنبات أماره للبلوغ مشروط بكونه طبيعيّاً، وإلّا فإنه مع الشك فى كونه بالعلاج أو بالطبع، فلا يجوز قتله وإن لم يـدع الإنبـات بعلاـج، إلاّـ أن يتمسك بأن الأصل عـدم كونه بعلاج، لكنه أصل مثبت. . . اللهم إلا أن يكون إجماع على وجوب قتله حينئذ.

ومعنى قول المحقق: « لا يقبل إلّا مع البينه» إنه لا يقبل مع اليمين، فإن أقام البينه قبل وإلا قتل، وأشكل عليه فى (الجواهر) بقوله: « لكن لا يخفى عليك ما فيه من أنه بعـد تسـليم الظهور لاينافى تحقق الشـبهه الـدارئه (قال) : بل الظاهر تحققها مع عـدم اليمين خصوصاً فى مثل الفرض» (١).

وهـل يقبـل قول مـدّعى الإنبـات بعلاـج فى غير مورد الحـدّ الـذى أمرنا بـدرئه بالشـبهه؟ مثاله: لو أجرى عقـد بيع، ثم لما حضـر المشترى لتسلّم المبيع، ادّعى كونه صـغيراً فى حـال إجراء العقـد، وأن إنبـات الشـعر المتحقق فيه حاصل بعلاج منه وليس طبيعياً ليدل على البلوغ، فهل يسمع قوله – لا سيّما وأنه مطابق للأصل – أو لا بل يسمع قول المشترى وهو مقتضى أصاله الصّحه؟

أقول: أما أصاله الصـحّه، فتجرى عند الشك فى الصحه بعد إحراز اجتماع الشرائط المعتبره، ومع الشك فى بلوغ البائع فلا يجرى هـذا الأصـل، لأـنه لاـ يحرز البلوغ. . . لكن الصـحيح عـدم قبول قول البـائع فى هـذه الصوره، لأـن إنبات الشـعر ظاهر فى البلوغ، والمناقشه فى هذا الظهور ممنوعه، وهو متقدّم على الأصل وإلا لم تتقدّم أماره على أصل فى مورد.

قال فى (الجواهر) : ومما اُلحق بذلك دعوى البلوغ مطلقاً أو بالإحتلام

ص:٣٩۶

١- ١) جواهر الكلام ۴٠: ٢۶٣.

خاصه، لإمكان إقامه البينه على السنّ واعتبار الإنبات، لأن محلّه ليس من العوره، وعلى تقديره فهو من مواضع الضروره، وعلى كلّ حال، لا يمين وإلالزم الدور، لأن اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره.

أقول: صحه اليمين متوقفه على البلوغ، والبالغ قد لا يحلف أصلًا، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليها، فلا دور. . . فالدليل على عدم اليمين فى المقام كونه شبهه مصداقيه للبلوغ المعتبر تحققه للحالف فى صحه يمينه.

هذا، وقد ذكروا فى المقام فروعاً، والضابط الكلّى هو: إن كان الطرف فى الدّعوى هو اللّه تعالى محضاً، فلا يشترط اليمين، وكذا إن كان مورد الدعوى حقاً عاماً للناس.

وفى (المسالك) : ضبطها بعضهم بأنه كلّ ما كان بين العبد وبين اللّه تعالى، أو لا يعلم إلا منه ولا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحدّ أو التعزير (١).

وفيه - كما فى (الجواهر) (٢)- إن ذلک كلّه مع عدم الخصومه، وأما معها فلا، فقول ذى اليد مثلًا حجه إلّا إذا خوصم، فحينئذ تتوجه عليه اليمين. . .

١- ١) مسالک الأفهام ١٣: ٥٠٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٦۴.

المسأله السابعه: (حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين)

قال المحقق: « لو مات ولا وارث له وظهر له شاهد بـدين، قيل: يحبس حتى يحلف أو يقرّ. . . وكـذا لو ادّعى الوصـى أن الميت أوصى للفقراء وشهد واحد وأنكر الوارث. وفى الموضعين إشكال، لأن السجن عقوبه لم يثبت موجبها» (۱).

أقول: فى المسأله فرعان:

الأوّل: لو شـهد شاهـد بأن زيـداً الميت يطلب من عمرو كذا مالاً ولا وارث لزيد حتى يطالبه به، فإن أقرّ عمرو بالدين وجب عليه الأداء، وإن أنكر وجب عليه اليمين، فإن حلف على الإنكار فلا شـىء عليه، وإن نكل أُلزم بـدفع الحق، إذ المفروض عدم إمكان الردّ لموت الدائن وعدم الوارث، وأنه يستحيل تحليف المسـلمين والإمام عليه السـلام، وعن الشـيخ فى (المبسوط) (۲): يحبس حتى يحلف أو يقرّ.

الفرع الثانى: لو ادّعى الوصـى على الوارث أن الميت أوصى للفقراء كذا من ماله، ثم شهد شاهد واحد بما يدّعيه الوصى، وأنكر الوارث ذلك، فإن كان الوارث يعلم بالعدم، حلف على النفى على البت، وإن لم يعلم حلف على نفى العلم، ولو نكل

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۲.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۲۱۴.

لم یمکن ردّ الیمین علی الوصـی، لأنه یـدّعی حقّاً للفقراء فلاـ یجوز له أن یحلف عنهم، وحینئـذ یحکم علی الوارث بـالنکول، ویلزم بدفع الحق، وقیل: یحبس حتی یحلف أو یقرّ.

بـل لاـ فرق فی الفرع الثانی بین أن یکون للوصـی شاهـد واحـد أو لا، لما عرفت من عـدم ترتب الأثر علی یمینه، فوجود الشاهد الواحد وعدمه علی السواء.

ولو ادّعی الوارث علی أحـد حقـاً لمورّثه اسـتناداً إلی ما وجـده مسـجّلاً فی ثبته، فإن حلف زیـد علی النفی فهو، وإن حلف علی نفی العلم فکذلک، وإلاّ فلا مجال للردّ علی الوارث، وعلیه دفع الحق بمجرّد النکول.

وکـذا الأـمر فی کـلّ مـورد لم یمکن فیه الردّ، فـإنه یحکم علی المنکر بـالنکول ویلزم بـدفع الحق، وأمـا مع إمکـانه، فـإن حلف المدعی ثبت الحق وإلاّ سقطت الدّعوی.

ولو کان صاحب الحق هو الإمام علیه السلام فعلی المنکر الیمین، فإن لم یحلف ثبت الحق ولا یردّ علی الإمام.

ص:۳۹۹

المسأله الثامنه: (حكم ما لو مات وعليه دين يحيط بالتركه)

قال المحقق: « لو مات وعليه دين يحيط بالتركه لم ينتقل إلى الوارث، وكانت بحكم مال الميت، وإن لم يحط انتقل إليه ما فضل عن الدين» (۱).

أقول: في الكتاب مطلقات تدلّ على انتقال مال الميت إلى وارثه مطلقاً، مثل قوله تعالى: «يُوصِيكُمُ اَللّٰهُ فِي أَوْلاٰدِكُمْ. . .» (۲).

وقد قيّد ذلك في آيات، كقوله تعالى «. . . مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهٰا أَوْ دَيْنٍ» فيكون مقتضى الجمع: انتقال ما فضل من المال إلى الوارث بعد إخراج الوصايا والديون. . . وعليه: فإن استوعب الدين وأحاط بالتركه لم ينتقل إلى الوارث شيء منها.

والقول بانتقالها إلى الوارث يبتني على التجّوز، إما في المطلق، بأن يحمل على الأعم من الملك المستقر وغير المستقر، وإما في المقيد، فيكون المعنى: إستقرار الملك بعد الوصيه والدين.

ص:۴۰۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۲.

۲- ۲) سوره النساء ۴: ۱۱.

ومع التنزّل عن هـذا الـدليل وغيره، فـإن الأصل عـدم انتقال المال إلى الوارث وبقاؤه على ملك الميت، لأن الملكيّه أمر اعتبارى فيجوز اعتبارهـا له، ومع الشـك فى البقـاء يستصـحب، إلاّـ أن يقال: بأن العقلاء يفرّقون فى هـذا الإعتبار بين الحىّ والميّت، وهو بعيد، وعلى هذا الأساس يتّضح معنى الوصيّه، فإنها فى الحقيقه تصرّف المالك فى ماله بعد حياته.

وأما بناء على أن الملكيه من عوارض الوجود، وأنها أمر يقوم بنفس المالك، فإن مات زالت، فلا يتم الإستصحاب، وعليه، يكون المال بعد موت مالكه بلا مالك، لكن يكون بحكم مال الميت وتجرى عليه أحكامه.

وأمـا القول بـأن الشـك فى بقـاء المـال على ملـك الميت مسـبب عن الشـك فى انتقاله إلى وارثه، ومع جريان أصاله العـدم فى المسبّب يزول الشك فى بقائه على ملك الميت. ففيه: إنه أصل مثبت وهو ليس بحجه.

وكيف كان، فإن تم هذا الأصل فهو، وإلاّ وصلت النوبه إلى الإحتياط، ومقتضاه العمل طبق الوصيه وأداء الدين بإذن الوارث.

قال المحقق: « وفى الحالين للوارث المحاكمه على ما يدّعيه لمورّثه، لأنه قائم مقامه» (۱).

أقول: وسواء على القولين – القول الثـانى وهو الإنتقال، والقول الأوّل وهو عـدم الإنتقال – فإن الوارث يطالب بحقوق الميت، إما لأنه المالك، وإما لأنه قائم مقامه.

۱– ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۲.

ولو ادّعى ديّان الميت على المـدين فحلف على الإنكار، لم يجز لهم مطالبته فيما بعـد، فإن جاء الوارث وأقام البيّنه على المدين، فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلك فصلت الخصومه؟ الظاهر هو الأوّل.

ص:۴۰۲

البحث الثالث: (فی الیمین مع الشاهد)

اشاره

قال المحقق: « یقضی بالشاهد والیمین فی الجمله، إستناداً إلی قضاء رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم وقضاء علی علیه السلام بعده» (۱).

أقول: لا ریب ولا خلاف فی القضاء بذلک فی الجمله، والقدر المسلّم منه أن تکون الدّعوی فی الدّین، فیشهد الشاهد ویحلف المدّعی، فهذا هو القدر المتیقن من معقد الإجماع ونصوص المسأله، الحاکیه لقضاء النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم وأمیر المؤمنین علیه السلام مثل:

۱) عن محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « کان رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم یجیز فی الدین شهاده رجل واحد ویمین صاحب الدین، ولم یجز فی الهلال إلاّ شاهدی عدل» (۲).

۲) عن منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « ان رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم قضی بشاهد واحد مع یمین صاحب الحق» (۳).

۳) عن حماد بن عثمان قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام: یقول: « کان

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۶۴/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۶۴/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۴.

علی علیه السلام یجیز فی الدین شهاده رجل ویمین المدّعی» (۱).

۴) عن حماد بن عیسی قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: « حدّثنی أبی علیه السلام أن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم قضی بشاهد ویمین» (۲).

۵) عن أبی بصیر قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یکون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد. قال فقال: کان رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم یقضی بشاهد واحد ویمین صاحب الحق، وذلک فی الدّین» (۳).

ثم إن کان المراد من البینه فی قول رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « إنما أقضی بینکم بالبیّنات والأیمان» وفی أخبار: « البیّنه علی المدعی والیمین علی المدّعی علیه» ونحوه هو ما یبین الشیء (۴)فلا کلام، وإن کان المراد منها شهاده الشاهدین فی الواقعه - کما هو المنسبق إلی أذهان المتشرعه عند الإطلاق - فإن ثبوت الدعوی بشاهد ویمین فی بعض الموارد، إنّما یکون من جهه الأدلّه المعتبره الدالّه علیه، فتکون تلک الأدلّه مخصصه للخبرین المذکورین، من حیث الإکتفاء هنا بشاهد ویمین المدعی، ومن حیث أن الیمین هنا تکون علی المدّعی لا علی المدّعی علیه.

وما ورد فی بعض الأخبار المتقدّمه من أنه « کان رسول اللّه. . .» و « کان علی

ص:۴۰۴

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۶۵/۳. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۶۵/۴. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۶۵/۵. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۴.

۴- ۴) وقد جاءت هذه اللفظه بهذا المعنی فی مواضع من القرآن الکریم، قال عز وجل: «لم یکن الذین کفروامن أهل الکتاب والمشرکین منفکّین حتی تأتیهم البینه» سوره البیّنه ۹۸: ۱ وقال: «وما تفرّق الذین أوتوا الکتاب إلاّ من بعد ما جاءتهم البینه» سوره البیّنه ۹۸: ۴.

علیه السـلام. . .» فظاهر فی أن سیرتهما علیهما السـلام کانت علی ذلک، ولم یکن قضاؤهما فی تلک الموارد خاصه بها أو نادر الوقوع.

۶) عن عبـد الرحمن بن الحجاج قـال: دخـل الحکم بن عتیبه وسـلمه بن کهیـل علی أبی جعفر فسألاه عن شاهـد ویمین فقال: « قضی به رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم وقضی به علی علیه السلام عندکم بالکوفه.

فقالا: هذا خلاف القرآن.

فقال: وأین وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: إن اللّه یقول «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» .

فقال قول اللّه: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد ویمیناً! ! .

ثم قـال: إن علیاً علیه السـلام کـان قاعـداً فی مسـجد الکوفه، فمرّ به عبـد اللّه بن قفـل التمیمی ومعه درع طلحه، فقـال علی علیه السـلام: هذه درع طلحه أخذت غلولاً یوم البصـره. فقال له عبد اللّه بن قفل: إجعل بینی وبینک قاضـیک الذی رضیته للمسلمین، فجعل بینه وبینه شریحاً.

فقال علی علیه السـلام: هذه درع طلحه أخذت غلولاً یوم البصره، فقال له شریح: هات علی ما تقول بیّنه، فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولاً یوم البصره، فقال شریح: هذا شاهد واحد ولا أقضی بشهاده واحد حتی یکون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولاً یوم البصره، فقال شریح: هذا مملوک ولا أقضی بشهاده مملوک.

قال: فغضب علی علیه السلام وقال: خذها، فإن هذا قضی بجور ثلاث مرّات.

قال: فتحوّل شریح وقال: لا أقضی بین اثنین حتی تخبرنی من أین قضیت بجور، ثلاث مرات.

فقال له: ویلک - أو ویحک - إنی لما أخبرتک أنها درع طلحه أخذت غلولاً یوم البصره فقلت: هات علی ما تقول بیّنه وقد قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: حیث ما وجد غلول أخذ بغیر بینه فقلت: رجل لم یسمع الحدیث. فهذه واحده.

ثم أتیتک بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أقضی بشهاده واحد حتی یکون معه آخر، وقد قضی رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم بشهاده واحد ویمین. فهذه ثنتان.

ثم أتیتک بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولاً یوم البصره فقلت: هذا مملوک، وما بأس بشهاده المملوک إذا کان عدلاً.

ثم قال: ویلک - أو ویحک - إن إمام المسلمین یؤمن من أمورهم علی ما هو أعظم من هذا» (۱).

قلت: وشریح مخطئ من جهات أخر أیضاً لم یشر الإمام علیه السلام إلیها.

قال المحقق: « ویشترط شهاده الشاهد أوّلاً وثبوت عدالته ثم الیمین» (۲).

أقول: لا ریب فی اشتراط ثبوت عداله الشاهد، إنما الکلام فی لزوم تقدّم الشهاده وثبوت عدالته قبل یمین المدعی، فقال المحقق:

ص:۴۰۶

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۶۵/۶. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۴.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۲.

حکم ما لو تقدمت الیمین علی الشهاده

« ولو بدأ بالیمین وقعت لاغیه وافتقر إلی إعادتها بعد الإقامه» .

أقول: قد ذکرنا أن القدر المتیقن نفوذ الحکم الصادر بعد الشهاده والیمین، فهذا الذی لا ریب فیه، بخلاف ما إذا تقدّمت الیمین علی الشهاده، ومع الشک، فالأصل عدم النفوذ، لأنه المرجع فی کلّ مورد شک فی نفوذ الحکم فیه.

وأما الإستدلال - لاشتراط تقدّم إقامه الشهاده علی الیمین - بتقدم ذکرها علیها فی نصوص المسأله، ففیه:

أوّلاً: إن التقدم الذکری فی النصوص لا یقتضی التقدّم فی مجلس القضاء وکیفیه المحاکمه.

وثانیاً: لقد ذکرت الیمین فی بعض النصوص مقدّمه علی الشهاده (۱).

ومن هنا نقول: إن الظاهر أن نصوص المسأله لیست بصدد بیان الکیفیه مطلقاً، بل هی فی مقام بیان أصل المطلب، وهو ثبوت الدّعوی هنا بشاهد واحد ویمین المدّعی، من دون تعرّض للخصوصیّات، لکن المؤثر یقیناً هو صوره تقدّم الشهاده علی الیمین، ونفوذ الحکم فی صوره العکس مشکوک فیه، فالمرجع هو الأصل المزبور.

وفی (المسالک) (۲): « أما اشتراط إقامه الشهاده أوّلاً لأن المدعی وظیفته البینه لا الیمین بالأصاله، فإذا أقام شاهده صارت البینه التی هی وظیفته ناقصه ومتممها الیمین بالنص، بخلاف ما لو قدّم الیمین، فإنه ابتدأ بما لیس وظیفه ولم یتقدّمه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۶۹/۱۵ - ۱۶. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۴.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۳: ۵۰۹.

ما یکون متمّماً له» .

وفیه: ما ذکرنا من أن المستفاد من نصوص المسأله أن وظیفته هنا إقامه الشاهد الواحد والیمین حتی تثبت دعواه، فالقضاء یکون بکلاـ الأـمرین، ولیس فی شیء من النصوص إشاره إلی أن وظیفته هنا إقامه البینه - کسائر الموارد - وأن یمینه تکون متممه للوظیفه الناقصه من جهه عدم الشاهد الآخر.

وعن (کاشف اللثام) (۱)الاستدلال له بأن جانبه حینئذ یقوی، وإنما یحلف من یقوی جانبه، کما أنه یحلف إذا نکل المدّعی علیه، لأن النکول قوّی جانبه.

وفیه: إنه استحسان لا أکثر.

والحاصل: إن المثبت للدّعوی کلا الأمرین، الشهاده والیمین، حالکونها متقدّمه علی الیمین، وصوره العکس مشکوک فیها من حیث النفوذ وعدمه، والأصل هو العدم، وعلی ما ذکرنا، فلو رجع الشاهد عن شهادته یکون الغرم نصف ما أخذه المدّعی من المال فی هذه الدّعوی.

الکلام فی مورد قبول الشاهد والیمین

ثم هل ثبوت الدّعوی بشاهد واحد ویمین یختص بما إذا کانت فی الدین، أو تثبت فی مطلق ما کان مالاً، أو کان المقصود منه المال، أو یثبت بذلک کلّ ما کان للناس من حق أو مال؟

قال بالأوّل جماعه، واختار الثانی آخرون بل نسب إلی المشهور، ویشهد للثالث إطلاق عدّه من الأخبار: کخبر منصور بن حازم، وخبر حماد بن عیسی،

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۱۳۹.

وكالأخبار الآتيه:

۱) عن عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» (۱)و « كان» له ظهور فى الإستمرار.

۲) عن أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال: « أجاز رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله شهاده شاهد مع يمين طالب الحق إذا حلف أنه الحق» (۲)و « أجاز» هنا بمعنى « الإنفاذ» .

۳) عن العباس بن هلال عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: « إن جعفر ابن محمد عليهما السلام قال له أبو حنيفه: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السلام: قضى به رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم وقضى به على عليه السلام عندكم، فضحك أبو حنيفه. فقال له جعفر عليه السلام: أنتم تقضون بشهاده واحد شهاده مائه. فقال: ما نفعل. فقال: بلى يشهد مائه، فترسلون واحداً يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله» (۳).

۴) محمد بن على بن الحسين قال: « قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم بشهاده شاهد ويمين المدعى. قال وقال عليه السلام: نزل جبرئيل بشهاده شاهد ويمين صاحب الحق وحكم به أمير المؤمنين عليه السلام بالعراق» (۴).

۵) عن جابر بن عبد اللّه قال: « جاء جبرئيل إلى النبى صلّى اللّه عليه وآله

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۷/۸. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۴.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۷/۹. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ۱۴.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۸/۱۳. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ۱۴.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۸/۱۴. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ۱۴.

وسلّم فأمره أن يأخذ باليمين مع الشاهد» (۱)وهذا الخبر أيضاً ظاهر فی أن الحكم الشرعی ذلک، وهو بإطلاقه يشمل المال وغيره.

لكن لا ريب فی خروج « حق اللّه» من تحت هذه المطلقات، لصحيحه محمد ابن مسلم عن أبی جعفر عليه السلام قال: « لو كان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فی حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق اللّه عزّ وجل أو رؤيه الهلال فلا» (۲)والمراد بضميمه الأخبار الاخرى والإجماع: شهاده الرجل الواحد مع اليمين، والمراد من « الخصم» هو نفس المدعی.

واستدلّ للقول الأوّل - وهو التخصيص بالدين - بعدّهٍ من الأخبار المذكوره، كخبر محمد بن مسلم وخبر أبی بصير المتقدّمين، بل فی خبر القاسم بن سليمان:

« سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: قضی رسول اللّه صلّی اللّه عليه وآله وسلّم بشهاده رجل مع يمين الطالب، فی الدّين وحده» (۳).

وقد حمل إطلاق النصوص السابقه على التقييد فی هذه النصوص، وأُجيب عن خبر درع طلحه - حيث كان النزاع فی العين - بأنه إنما أنكر أمير المؤمنين عليه السلام على إطلاق قول شريح « ما أقضی إلا بشاهد آخر معه» ، ضروره عدم كون خصوص المقام مما يكتفی فيه بالشاهد واليمين من الوالی.

وقد يستشكل فی هذا الحمل: بأن أخبار « الدّين» تحكی حكم رسول اللّه صلّی اللّه عليه وآله وسلّم بالشاهد واليمين فی الدّين، وهذا لا مفهوم له بل هو نظير:

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۹/۱۶. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ۱۴.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۸/۱۲. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ۱۴.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۸/۱۰. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۴.

أكرم العالم الفقيه، إذ لا يفهم منه عدم وجوب إكرام العالم النحوى مثلاً.

بل دعوى اختصاص « الدّين» بالمال، ممنوعه، فقد ورد التعبير فى الروايات عن الحج ب « الدّين» (1).

وفى (الجواهر) (2): إن حمل المطلق على المقيـد إنما يصح بعد فرض التقييد وعدم قوّه المطلق من حيث كونه مطلقاً، وهما معاً ممنوعان، لإمكان عدم إراده التقييد فى النصوص السابقه، ضـروره أن القضاء بهما فى الدّين أو جوازه لا يقتضى عدم القضاء ولا عدم جوازه بغيره.

فالحاصل: إنه لا مانع من حمل أخبار الدّين على نقل الإمام عليه السـلام حكم رسول اللّه وأمير المؤمنين صلى اللّه عليهما وآلهما بنحو القضايا الشخصـيه - نظير قوله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الكوفه بكذا - ثم يقول بنحو الحكم الكلّى: « لو كان الأمر إلينا أجزنا. . . فى حقوق الناس» وربما يشهد بما ذكرنا أنه جاء فى خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ « فى الدين وحده» : « وقضى رسول اللّه. . .» ولم يقل: « كان رسول اللّه يقضى. . .» .

هذا كلّه بعد الإغضاء عن قصور السند فى بعض الأخبار التى أُخذت مقيده للإطلاقات (3).

ص:411

1- 1) راجع وسائل الشيعه 8: 67، كتاب الحج، الباب 25 من أبواب وجوب الحج وشرائطه، الأحاديث: 4، 5، 8: 113 الباب 28، الحديث: 9.

2- 2) جواهر الكلام 40: 273.

3- 3) ففى طريق خبر حمـاد بن عثمان: « معلى بن محمـد» وهو البصـرى، والراوى لأحـدها هو « القاسم بن سـليمان» ، ولم تثبت وثاقه هذين الرجلين من كلمات علماء الرجال. نعم هما من رجال كتاب كامل الزيارات.

وبعد، فإن مقتضی الإطلاقات هو عدم التخصیص بالدّین، والحکم بالشاهد والیمین فی غیره من الحقوق المالیّه، وهل یجوز التعدّیه عنها إلی مطلق حق الناس؟ إن مقتضی الإطلاقات هو ذلک، لکن المشهور علی خلافه.

ولعلّ وجه تقییدهم بالحقوق المالیّه ما روی مرسلاً عن ابن عباس: « إن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم قال: استشرت جبرئیل فی القضاء بالیمین مع الشاهد، فأشار علی بذلک فی الأموال وقال: لا تعدو ذلک» (۱).

لکنه - کما فی (الجواهر) - لیس هو من طرقنا، ولا معروف النقل فی کتب فروعنا. . .

فالأولی ما ذکره من احتمال فهم الأصحاب « المال» من نصوص « الدّین» لا خصوص المعنی المصطلح، فالمراد من « الدین وحده» هو « المال وحده» فتخرج الحقوق التی لیست بمال.

وأما « حقوق الناس» فی صحیحه محمد بن مسلم، فینصرف إلی الحقوق المالیه، فلا إطلاق له. . .

وکیف کان، فلا ریب فی ثبوت الحق بشاهد ویمین إذا کان مورد النزاع عیناً.

کما لا ریب فی کفایه الیمین مع المرأتین القائمتین مقام الرجل الواحد فی الشهاده، للنصوص الدالّه علی ذلک، ومنها:

۱) عن منصور بن حازم: « إن أبا الحسن موسی بن جعفر علیهما السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان ویمینه فهو جائز» (۲)أی: فهو نافذ.

۱- ۱) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۱۸۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۷۱/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۵.

۲) عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام: « إن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب فى الدّين يحلف باللّه أن حقّه لحق» (۱).

ثم إنه - بعد أن استقر رأى المشهور على الثبوت فى الحقوق الماليّه - لم يفرّقوا بين أن يكون مورد الدّعوى مالاً، و أن يكون من الحقوق التى تترتب عليها آثار ماليه، ولذا ذكر المحقق قدّس سرّه أمثله من القسمين، ثم ذكر الضابط فى المسأله قال (۲):

« ويثبت الحكم بذلك فى الأموال كالدين» فإنه حق مالى صرف، « والقرض» فإنه لمّا يقول له: قد أقرضتك كذا يدعى حقاً ماليّاً له على ذمته « والغصب» كذلك، فإنه وإن كان مغايراً للمال مفهوماً، لكنه لمّا يدعى عليه غصب شىء له، فإنه يستلزم كون ذلك الشىء ملكاً له « وفى المعاوضات» يثبت الحكم أيضاً، فإن المقصود فيها هو المال « كالبيع والصرف والصلح والإجاره والقراض والوصيه له» فى مال عيناً أو ديناً، « والجنايه الموجبه للديه كالخطأ» فمن ادّعى جنايه فقد ادّعى موضوع الديه، فهى حق يقصد بها المال، أمّا لو كانت جنايه موجبه للقصاص فلا، لأن القصاص حق وليس مالاً « وعمد الخطأ، وقتل الوالد ولده والحرّ بالعبد» إذ تثبت الديه دون القصاص، فإنه لا يقتل الوالد بالولد والحر بالعبد « وكسر العظام» حيث يتعذر القصاص وتجب الديه، فتكون الدعوى ماليه « والجائفه» وهى الجنايه التى تصل الجوف، « والمأمومه» وهى التى تصل أُم

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۷۱/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۵. وهى صحيحه.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۲.

الدماغ.

قال قدّس سرّه: « وضابطه ما كان مالاً أو المقصود منه مالاً» أی: بخلاف القصاص ونحوه. . .

لکن قد وقع الکلام بینهم من جهه أخری، وهی أنه هل یلزم أن یکون المقصود بالذات المال أو یکفی ترتب الأثر المالی مطلقاً وإن لم یکن هو المقصود بالذات؟ ولذا اختلفوا فی بعض المصادیق کالنکاح، فقد قال المحقق:

« وفی ثبوت النکاح تردّد» .

أی: لتردد المقصود بالنکاح بین کونه مالاً وغیر مال، فإن قلنا بالثبوت حتی فی صوره کون ترتب المال من اللّوازم البعیده، ثبت النکاح بالشاهد والیمین، لأن المهر والنفقه - إن کانت الدعوی من الزوجه - وإرث الزوج مال الزوجه بعد موتها - إن کانت الدعوی من الزوج - من الآثار المترتبه علی النکاح، وإن کان المقصود منه بالذات هو التناسل وإقامه السنّه وکفّ النفس عن الحرام، والنفقه والمهر تابعان (۱).

قال قدّس سرّه: « أما الخلع والطلاق والرجعه والعتق والتدبیر والکتابه

---

۱ - ۱) فالحاصل: أن فی المسأله أقوالاً: أحدها: عدم الثبوت سواء کان المدعی الزوج أو الزوجه، وقد نسب هذا القول فی الروضه وغیرها إلی المشهور (الروضه البهیّه ۳: ۱۰۲) . والثانی: الثبوت کذلک، ذکره الشهیدان لکن فی الروضه: لا نعلم قائله، وکذا قال غیره، والثالث: الثبوت إن کان المدّعی الزوجه، وهو مختار العلامه فی القواعد (۳: ۴۴۹) حیث قال: أما النکاح فإشکال، أقربه الثبوت إن کان المدعی الزوجه، وفی مفتاح الکرامه: تبعه علیه الشهید فی غایه المراد. قال: لأن دعوی المرأه النکاح تستلزم مالاً ما وهو مناط الشاهد والیمین، أما الزوج فلا مال یدّعیه بدعواه الزوجیه والتوارث بعید جداً، ویقرب إذا کان التداعی بعد موت المرأه، ومثله قال الشهید الثانی. والرابع: التوقف وعلیه المحقق هنا - أما فی النافع فلم یذکر النکاح أصلاً - وتبعه الشهید فی الدروس.

والنسب والوكاله والوصيّه إليه وعيوب النساء، فلا» .

أقول: لكن الخلع إذا ادّعاه الزوج يثبت بالشاهد واليمين، لدخوله فى الضابط الذى ذكره، من جهه أنه مشروط ببذل الزوجه مالاً إلى الزوج ليطلّقها به، فحيث يدّعى الرجل ذلك فإنه يدّعى حقّاً ماليّاً.

قال: « وفى الوقف إشكال، منشؤه النظر إلى من ينتقل، والأشبه القبول، لانتقاله إلى الموقوف عليهم» .

أقول: هذا فى الوقف الخاص، وأما العامّ فلا تتضمن دعواه المال، لأن الموقوف بالوقف العام لا مالك له، بل يكون كعتق العبد للّه، ولو قلنا بالإنتقال فيه إلى الموقوف عليهم، فإنه يتعذّر حلف جميعهم، ولا فائده فى يمين بعضهم.

أقول: وصفوه الكلام فى هذا المقام هو: أن الأصل الأوّلى هو عدم ثبوت شىء إلّا مع العلم، ثم إن قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان» قد أصبح أصلاً ثانوياً، فتقبل كلّ دعوى أقام المدعى فيها البينه على دعواه ويحكم له بثبوت حقه، ثم نزل جبرئيل عليه بالشاهد واليمين - فيجوز أن يكون حاكماً على الحديث السابق، وأن يكون مقيداً له فيكون الحصر فيه إضافياً - ثم قيّد إطلاق قبول الشاهد واليمين بحقوق الناس، فلا يقبل ذلك فى حقوق اللّه تعالى، ثم وقع الخلاف بينهم فى المراد من « حقوق الناس» ، وقد تقدّم عدم جواز التعويل على ما روى عن ابن عباس، فإن تم ما ذكرنا من انصراف « حق الناس» إلى « الحق المالى» فهو، وإلا فهى شبهه مفهوميه مردده بين الأقل والأكثر، والأقل هو المتيقن، والمرجع فيما زاد عنه هو « إنما أقضى بينكم. . .» فيقبل الشاهد واليمين فى كلّ ما كان مالاً من حقوق الناس.

و « الحق المالى» أيضاً مردّد بين ما هو حق مالى بالذات وما هو حق مالى

مطلقاً – سواء كان مالاً بالـذات أو بالتبع – وهنا أيضاً يؤخـذ بالقـدر المتيقن – وهو الحق المالى المقصود بالـذات – وإن لم يكن عنوان الـدعوى مالاًـ مثـل البيع، ولـذا قال فى (الجواهر) : « ومن الغريب اتّفاقهم على خروج الوكاله عن المال وإن كانت بجعل، وكذا الوصيه، واختلافهم فى العتق» .

وأما فى موارد الشـبهه المصـداقيه، فلا يؤخذ فيها بعموم العام، بل المرجع هو الأصل. نعم، للمتداعيين العمل بالإحتياط فى صوره الشك.

حكم ما لو كان المدعى جماعه والشاهد واحد

قال المحقق: « ولا تثبت دعوى الجماعه مع الشاهد إلاّ مع حلف كلّ واحد منهم» (١).

أقول: هـذا لا إشـكال فيه، لأن الـدعوى حينئـذ تنحل إلى دعاوى متعـدده وإن كانت شـهاده الشاهـد الواحد كافيه لجميعها، فإن حلف جميع أفراد الجماعه ثبتت الدعوى « ولو امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع» لأن مقتضى الأدلّه السابقه ثبوت الـدعوى الماليه بالشاهـد ويمين المدعى، فمن حلف مع الشـهاده ثبت حقه وكان له استيفاء سـهمه، سواء كانت الدعوى فى حق الإرث أو حق الشركه، ومن امتنع من الحلف فلا يثبت له شىء، وهنا فروع:

[الأوّل]: هل نكول الممتنع عن الحلف هنا يكون كنكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى، فلا يترتب على بذله اليمين بعدئذ أثر، أو لا يكون كذلك؟ قالوا: لا يكون كذلك، بل هو نظير أنه لو أقام شاهداً على دعواه ولم يحضر

١– ١) شرائع الإسلام ۴: ۹۳.

الشاهد الثانی بعد، فحینئذ، یلزم علی الحاکم أن یصبر حتی یحضر، لأن حق المدعی باق، ولذا لا یأمر المدّعی علیه بالیمین - إلا إذا رفع المدّعی الید عن إقامه الشهاده وقنع بیمین المنکر، فحینئذ یأمر المنکر بذلک - فهنا کذلک، فإن الممتنع عن الیمین یبقی حقه ویترتب الأثر علی یمینه فی الزمان اللاّحق.

[الثانی]: لو ورث الحالف الناکل، فهل للوارث أن یحلف حتی ینتقل إلیه سهم الناکل؟ نعم، لما تقدّم من أن النکول لا یقتضی الحرمان بل الدعوی باقیه، فلا مانع من أن یحلف مرّه ثانیه لإثبات سهم أخیه - مثلاً - الناکل حتی ینتقل إلیه بالإرث، وهل یلزم تکرار الشهاده حینئذ؟ وجهان، من أن الدّعوی واحده والمفروض إقامه الشهاده قبل موت الناکل، ومن أن المدّعی لهذا السهم فعلاً غیر المدّعی سابقاً، والأقوی عند العلاّمه هو الأوّل، لأن اختلاف المدّعی لا یوجب اختلاف الدعوی.

[الثالث]: ذکر کاشف اللثام (۱): إنه لو مات المدّعی قبل الحلف والنکول، یحلف وارثه علی أن هذا المال کان لمورّثه، وإنما یحلف لتعلّق حقه بهذا المال، لکن یتوقف تملّک الوارث للمال علی عدم البینه للمدّعی علیه علی إبراء المورث إیّاه أو نقل المال إلیه مثلاً، وهذا بخلاف ما لو کان المدّعی هو المورّث نفسه، فإنه إذا حلف ثبت حقّه من دون توقف علی ما ذکر.

أقول: إنما لا تسمع دعوی المدّعی علیه الإبراء - مثلاً - فیما لو قال المدعی: هذا المال لی الآن وشهد الشاهد علی ذلک، کما أنه لو شهد الشاهد علی المدعی علیه بأن فلاناً مات وله علیک کذا، فإنه حینئذ لا تسمع دعواه الإبراء، ولا یتوقّف

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۱۴۰.

مطالبه الوارث بالحق منه على عدم بينته. . . ولعلّ هذا الذى ذكرناه هو وجه نظر صاحب (الجواهر) فيما ذكره كاشف اللثام.

[الرابع]: لو ورث الناكل الحالف أخذ سهمه وإن لم يدفع إليه سهمه لامتناعه عن اليمين، إذ لا ملازمه بين الأمرين، نعم، لا ريب فى عدم انتقال سهم الحالف إلى الناكل فى صوره تكذيبه الدعوى.

[الخامس]: لو أقرّ المدّعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهاده الشاهد ويمينه أو مطلقاً، ثم جاء فقال الوارث بأن مورّثك قد نقل المال إليّ، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الآن، ووجه وجوب الحلف عليه للمرّه الثانيه هو أن ما يدّعيه الآن دعوى جديده، فيتوقّف ثبوتها على يمين أخرى، فإن حلف ثبت الحق - إلاّ إذا أثبت المدّعى عليه الإنتقال - وهل يلزم إعاده الشهاده كذلك؟ قال العلاّمه: الأقوى نعم.

أقول: إن كانت هذه دعوى جديده، بمعنى أن الوارث يدّعى أن هذا المال الثابت للمورّث لم ينتقل إلى المدّعى عليه، فلابدّ من إقامه الشهاده أيضاً، لأن الشهاده السابقه قد أثبتت الملك للمورّث، فلا تنفع لدعوى عدم الإنتقال إلى المدّعى عليه، وإن لم تكن دعوى جديده، فلا وجه لاشتراط تجديد اليمين، ففيما ذكره العلاّمه وغيره هنا، تأمل.

عدم جواز الحلف من غير علم:

قال المحقق: « ولا يحلف من لا يعرف ما يحلّف عليه يقيناً» (١).

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ۹۳.

أقول: لا يجوز الحلف من غير علم مطلقاً، ولا سيما فی مورد المرافعه، ويدلّ على ذلک النصوص الصريحه مثل:

١ - عن هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: « لا يحلف الرجل إلّا على علمه» (١).

٢ - عن أبی بصير عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: « لا يستحلف الرجل إلّا على علمه» (٢).

٣ - عن يونس عن بعض أصحابه عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: « لا يستحلف الرجل إلّا على علمه ولا تقع اليمين إلّا على العلم، استحلف أو لم يستحلف» (٣).

قال فی (الجواهر) بعد عباره المتن: « وإن كان هو مقتضى الاصول العقليه» (۴).

قلت: لعلّ مراده ما فی (القواعد) (۵)وغيره من أن من شرط اليمين الجزم، والجزم لا يتحقق إلا مع العلم.

هذا، وقد تقدّم الكلام على أنه هل تجوز اليمين بمقتضى اليد كما تجوز الشهاده أو لا؟ وقد قلنا بجوازها فی كلّ مورد تجوز الشهاده فيه، سواء كانت استناداً إلى

١- ١) وسائل الشيعه ٢٣: ٢۴۶/١. كتاب الأيمان، الباب ٢٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٣: ٢۴٧/٢. كتاب الأيمان، الباب ٢٢.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٣: ٢۴٧/۴. كتاب الأيمان، الباب ٢٢.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴٠: ٢٨١.

۵- ۵) قواعد الأحكام ٣: ۴۴٧.

الید أو غیرها من الأمارات الشرعیه، بل قیل بجواز الحلف بمقتضی الإستصحاب، علی إشکال فیه.

وهل یحلف علی أنه ماله واقعاً وأنه له بحسب الحکم الظاهری؟

إن حلف علی أن ما بیده ملک له واقعاً استناداً إلی الید، فإن لازم ذلک تجویز الکذب فی هذا المورد، وإن اُرید الملکیه الظاهریه، لزم التخصیص فی الأصل العقلی والنصوص الوارده فی المسأله لعدم الجزم المعتبر فی الیمین، مع أن حکم العقل لا یقبل التخصیص.

أقول: إنا نقول بالتخطئه فی الأحکام الواقعیه والظاهریه معاً، والحکم الظاهری یمکن تعلّق العلم به مع الشک فی الحکم الواقعی، وحینئذ یجوز الحلف بحسب العلم بالحکم الظاهری، فمرادهم من « لا یحلف من لا یعرف ما یحلف علیه یقیناً» هو عدم جواز یمین الوارث مثلًا استناداً إلی کتابه من خط مورّثه، أو شهاده شاهد واحد بأن المال الکذائی للمورّث.

قال فی (الجواهر) (۱): أما لو شهد له به شاهدان، فقد یقال بالجواز لأنها حجه شرعیّه، بل قد یحتمل جواز الحلف علی مقتضی استصحاب الموضوع الثابت، لکنه لا یخلو من إشکال بل منع فیهما، لعدم العلم المعتبر فی الحلف. . .

وفیه: أوّلًا: إن الفرق بین الید والبینه غیر واضح، وثانیاً: إنه قد تقدّم أن الیمین علی الید هو الحلف بالحکم الظاهری، وعلی هذا، فلا فرق بین الید والإستصحاب.

والملکیه الظاهریّه هی المراد من روایه حفص بن غیاث (۲).

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۲۸۸.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۱ / ح۲ وقد تقدم نصها فی الکتاب.

لا تثبت اليمين مالاً لغير الحالف:

قال المحقق: « ولا يثبت مالاً لغيره» (١).

أقول: قال في (الجواهر) (٢): وإن تعلّق له به حق، بلا خلاف، بل قد يظهر من (المسالك) (٣)وغيرها الإجماع عليه.

ويـدلّ على ذلك – مع ما ذكر – ظواهر أدلّه القضاء، كقوله صـلّى اللّه عليه وآله وسـلّم: « إنما أقضـى بينكم بالبيّنات والأيمان» ، فإنه ظاهر في كون البيّنات والأيمان هي ميزان القضاء بين المتخاصمين أنفسهما، وهو منصرف عمّا لو ادّعى مالاً لغيره.

قـال في (الجواهر) (٤): لكن في كشف اللثـام: إلاّ الولي لمـال المولّى عليه، فـإن الحالف إما المنكر وإما المـدعى له، أما الولي فقوله بمنزله قول المولّى عليه. (قال) : ولم أجده لغيره، بل إطلاقهم يقتضي خلافه.

قلت: لكن لم نجد هذا الكلام في (كشف اللثام) ، بل قد صـرّح بأن القيّم لا يجوز له الحلف، نعم، فيه جواز حلف المولى لأجل مال العبد.

قال المحقق: « فلو ادّعى غريم الميت مالاً له على آخر مع شاهد، فإن حلف الوارث ثبت وإن امتنع لم يحلف الغريم» .

أقول: وعلى ما ذكرنا، فلو مات المـدين ولا تركه له، وقد عرف الدائن مديناً للميت وله على حقه من الميت شاهد واحد، فهل له أن يحلف عند المدين الثاني مع شهاده الشاهد حتى يستوفي حقه منه؟ قالوا: يثبت حقه إن حلف الوارث، وأما

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ۹۳.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴۰: ۲۸۲.

٣- ٣) مسالك الأفهام ۱۳: ۵۱۶.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۹۳.

یمینه هو فلاـ أثر لهـا، لأنهـا فی مال المیت وإن تعلق لّه به حق، وترتب هـذا الأثر علی یمین الوارث مبنی علی أن الوارث یملک کلّ ما کان لمورّثه، ولو کان الدّین مستوعباً لم یجز له التصرف فی شیء من المال، فإنه - بناء علی هذا - یکون یمین الوارث فی ماله لا فی مال الغیر.

وتعرّض فی (الجواهر) (۱)لمسأله الوصیه من جهه أنهـا تتفرع علی مـا ذکر من ترتب الأـثر علی یمین الوارث دون الغریم، فلو أوصی المیت بصرف کذا من المال فی مورد معین ولم یترک مالاً یفی لتنجیز الوصیه، لکن ادّعی الوارث بأن والده مثلًا یطلب من فلان کـذا من المال، فقیل: الوصیه بحکم الـدین فی ترتب الأثر علی یمین الوارث فقط، وفی (الجواهر) : إن کانت الوصیه کلیّه غیر متعلّقه بالمال فهی کالدّین، وإن کانت متعلّقه بالمال - ولو بعنوان الکلّی فی المعین کالعشره دنانیر من المال، أو الحصّه المشاعه - فالحکم یبتنی علی القول بانتقال ما للمیت إلی الوارث بالموت وعدمه.

أقول: الوصیّه تاره: تتعلق بالفعل - وإن کان مشتملاً علی المال - فهنا صورتان:

الاـولی: أن یکون مراد الموصی صرف کـذا من مـاله قبـل انتقـاله إلی الوارث، فبنـاء علی أن الملکیه أمر اعتباری، یکون المال للمیّت وعلی الوصی صرف المـال الـذی أوصی به فی المورد الـذی عیّنه، وفی هـذه الصوره لا یحلف الوصی ولا الوارث ولا الموصی له، لأن المفروض کون المال للمیت، وحلف کلّ واحد من هؤلاء یکون فی مال الغیر فلا أثر له. . .

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۲۸۲.

وكذا الأمر بناء على القول ببقاء المال فى حكم مال الميت.

والصوره الثانيه: أن تكون الوصيه بنحو ترتب نفوذها على انتقال المال إلى الوارث، أى يكون تملّك الوارث له مقدّماً فى الرتبه على تملك الموصى له، ففى هذه الصوره يحلف الوارث أو الوصى.

وبناء على كون المال الموصى به فى حكم الدين - بمعنى جعل المورث على ذمه الوارث كذا من المال، بأن ينتقل إليه بحكم الإرث ثم تكون ذمته مشغوله بصرف ما عيّنه المورث فى كذا بحكم الوصيه - فلا إشكال فى أنه يحلف حينئذ.

وأما لو كانت الوصيّه مضافه إلى المال بنحو الحصه المشاعه، فلا يحلف.

وأخرى: تكون الوصيّه بنحو النتيجه، كأن يوصى بأن كذا من المال لزيد بعد وفاتى، فإن قبل الموصى له الوصيه فلا أثر لحلف الوارث، بل المؤثر يمين الموصى له، لأن المال ملكه، سواء كان بنحو المشاع أو المفروز أو الكلّى فى المعيّن، وسواء قلنا بأن المال يكون بعد الموت فى حكم مال الميت ثم ينتقل إلى الموصى له بحكم الوصيه، أو قلنا بانتقاله إلى الوارث بالإرث ثم إلى الموصى له، أو قلنا بانتقاله إلى الموصى له رأساً. وإن لم يقبل الموصى له الوصيه فهنا تأتى الأقوال، وعلى كلّ حال فليس له أن يحلف، وأما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال إليه بالإرث ثم انتقاله إلى الموصى له بعد القبول.

وكذلك الكلام فى المال الذى تعلّق به الخمس أو الزكاه ثم خرج المال من تحت يد صاحبه إلى الغير، فعلى القول بتعلّق الخمس مثلاً بذمه الميت فلا يحلف مستحقه، فإن قلنا بانتقال المال إلى الوارث حلف الوارث، وإن قلنا ببقائه على ملك الميت أو فى حكم ماله فلا يحلف.

هذا، وحيث لا يحلف الغريم، فهل له إحلاف المدّعى عليه؟ قال فى

(الجواهر) (۱): نعم، لأن الـدليل على عدم حلفه هو الإجماع وانصـراف الأدلّه، وأما الإحلاف فلا دليل على المنع منه، فإن حلف المدّعى عليه برأت ذمّته، وإن نكل ثبت الحق بمجرّده إن لم يمكن الردّ.

وأما الوارث الذى له أن يحلف، فهل يجبر عليه لو امتنع منه؟

قـال فى (الجـواهر) : لاـ لعـدم الـدليل، نعم لو كـان المورث يمكنه أداء الـدين فقصـر عنه وأراد الوارث تخليص ذمّته، كـان له ذلك، ولكنه ليس بواجب.

وعلى القول ببقاء المال فى ملك الميت أو فى حكم ملكه، فقـد قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف، وهنا قال فى (الجواهر) : اللهم إلاـ أن يقال إنه قـد ورث حق الـدعوى به وإن صار بعـد الثبوت على حكم مال الميت ولا تعلّق للوارث به، ولكنه كما ترى، ولم أجد ذلك محرّراً فى كلام الأصحاب.

قلت: ومـا أشـار إليه من التأمّـل فى هـذا الإحتمـال هو الظـاهر، لأن حق الـدعوى فى المال يتبع ملكيه نفس المال، لأنه أثر كسائر الآثار المترتبه على تملّكه، فلا يثبت هذا الحق بالنسبه إلى مال الغير إلاّ فى صوره الوكاله عنه.

ولـو أحلف الغريم المـدين فحلف، سـقطت دعوى الغريم تجـاهه، ولكن حق الوارث بـاق، فله أن يحلّفه، فـإن حلف وثبت الحق واستوفاه الوارث، فهل للغريم مراجعه الوارث؟ الظاهر: نعم، لأن سقوط الحق من جهه لا ينافى عدم سقوطه من جهه أخرى.

قال المحقق: « وكذا لو ادّعى رهناً وأقام شاهداً أنه للراهن، لم يحلف، لأن يمينه لإثبات مال الغير» .

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۲۸۳.

أقول: هـذا واضـح ولاـ إشـكال فيه، نعم، لو ادّعى رهانه المال وأراد إثباتها من غير تعرّض لمالك المال، ثبتت بالشاهـد واليمين وإن كان المال ملكاً للغير، إذ المفروض إراده إثبات الرهانه لا الملك.

حكم ما لو ادعى جماعه مالاً لمؤرثهم:

قال: « ولو ادّعى الجماعه مالاً لمورّثهم وحلفوا مع شاهدهم، ثبتت الدعوى وقسّم بينهم على الفريضه. . .» (1).

أقول: إن حلف الجماعه كلّهم أخذوا المال المدّعى وقسّموه بينهم حسب الفريضه، سواء كان المال عيناً أو ديناً.

« ولو كان وصيّه قسّموه بالسويّه إلا أن يثبت التفضيل» من الموصى.

وإنما يحلف جميعهم، لأن هذه الدعوى تنحلّ إلى دعاوى متعدّده.

« ولو امتنعوا لم يحكم لهم» وهذا واضح ولا إشكال فيه.

ولو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث، قال المحقق:

« ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركه» .

يعني: سواء كـان المـدّعى به فى الأصـل ديناً أو عيناً، وقيل: يكون له معه شـركه مطلقاً، وقيل: بالتفصـيل بين الـدين فلا يشاركه، والعين فله معه شركه.

أقول: إن حلف الحـالف ليس نظير البيّنه فى الحجيه وإثبات الـدعوى حتى يحكم الحاكم للحالف، وليس امتناعه عن اليمين مثل نكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى، فلو غصب غاصب عيناً مشتركه بين أخوين فقال

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۳.

لأحدهما: إنى أُريد غصب سهم أخيك دون سهمك، فدفع إليه نصف العين، كان الأخوان شريكين فى النصف، لكون الحق مشاعاً ولا حق للغاصب فى إفراز السهم إجماعاً. هذا فى العين الخارجيه، فلو وقع الترافع بين الأخوين معاً والغاصب إلى الحاكم، فحلف أحدهما دون الآخر.

فقيل: باشتراكهما فى النصف الذى يأخذه الحالف كالنصف الباقى بيد الغاصب، لأن نكول الممتنع لا يسقط حقه، ويمين أحدهما لا يوجب فرز حقه عن حق الآخر، فالشركه باقيه، وقيل: بعدم الشركه مطلقاً - أى سواء فى العين أو الدين - لحكم الحاكم بكون ما يأخذه الحالف ملكاً له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف - وقيل: بالتفصيل بين العين والدين، فلا شركه فى الدين، لأنه بالقبض ينفرز سهم كلّ واحد عن سهم الآخر، فيكون ما قبضه الحالف ملكاً له.

ولو أقرض رجلان مالاً مشتركاً بينهما رجلًا، كان له تبديل الكلّى فى ذمته بمال معين فى الخارج، فيكون مشتركاً بين الدائنين، ولكن ليس له دفع نصف الدين إلى أحدهما، لأن حق أحدهما لا يتعيّن دون الآخر وإن أذن، بل يكونان شريكين فى ذلك النصف، فإن وقع النزاع بينهم وترافعوا إلى الحاكم، فحلف أحد الشريكين وامتنع الآخر، ثبت نصف الدين الكلّى بحكم الحاكم، لكن ليس للمدين تعيين النصف إلا مع إذن الآخر، لأن الحق المشاع لا يفرز فى الخارج ولا يتعين إلا برضا الشريكين.

ثم إنه أشكل فى (المسالك) على المحقق فى شرح عبارته المذكوره: « وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما لو ادّعيا على آخر مالاً، وذكرا سبباً موجباً للشركه كالإرث، فإنه إذا أقرّ لأحدهما شاركه الآخر فيما وصل إليه.

فخص بعضهم هذا بالدين وذاك بالعين، لأن أعيان التركه مشتركه بين

الورثه والمصدق معترف بأنه من التركه، بخلاف الدين فإنه إنما يتعيّن بالتعيين والقبض، فالذى أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض فلم يشاركه الآخر فيه. . .» .

ولم يفرّق فى (الجواهر) (۱)بين العين والدين حيث قال (۲): « والتحقيق عدم الفرق بين الدين والعين بعد تحقق سبب الشركه فيهما، إذ الدين عين أيضاً إلا أنها كليّه. . .» أى: كما لا ينفرز الحق فى الشىء المشترک فى الخارج إلا مع رضا الشريک، فإن ما فى الذمه كذلک، فيكون الخارج مصداقاً لما فى الذمه ومشتركاً، ولو أوجد فى الخارج بإذن الشريک مصداق نصف ما فى الذمه، كان مشتركاً بينهما، فلو لم يأذن الشريک فى جعل المصداق لم يكن للمدين ذلک.

لا يقال: إذا كان كذلک لزم ثبوت ما للغير بيمين غيره.

لأنا نقول: إن المدين بعد الشهاده والحلف يدفع نصف الحالف إليه، لكن الحالف الآخذ للنصف يعلم ويقرّ بمشاركه أخيه له فى ذلک بحكم الإرث.

هذا، وقال المحقق قدّس سرّه فى كتاب الشركه: « إذا باع الشريكان سلعه صفقه ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه» (۳).

وفى إقرار المفلّس: « لو أقرّ بعين أو دين ودفع مقداراً، تشارک الشريكان فى ذلک المقدار» (۴).

ص:۴۲۷

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۵۱۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۲۸۶.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۲: ۱۳۴.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۲: ۹۰.

هل للممتنع عن اليمين شركه مع الحالف؟

وهنا قال: « ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركه» (١).

ومن هنا يظهر أن رأى المحقق يختلف، ففى صوره التنازع يفتى بعـدم الشـركه، وفى صوره عـدمه يقول بالشـركه، ويدلّ على ما ذكره فى كتاب الشركه روايات:

١) عن أبى حمزه قال: « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتسما الذى بأيديهما، وأحال كلّ واحد منهما من نصـيبه الغائب، فاقتضـى أحدهما ولم يقتض آخر. قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله» (٢).

٢) عن غياث عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام مثله إلا أنه قال: « ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما» (٣).

٣) عن عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين، فاقتسما العين والدين فتوى (۴)الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذى للآخر أيردّ على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله» (۵).

وقال فى (الجواهر) (۶)فى شرح العباره: « لكن هذه النصوص بل والمتن وما

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٩٣.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٢/١. كتاب الشركه، الباب ۶.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٩: ١٢/١. ذيل الحديث كتاب الشركه، الباب ۶.

۴- ۴) توى: هلك.

۵- ۵) وسائل الشيعه ١٩: ١٢/٢. كتاب الشركه، الباب ۶.

۶- ۶) جواهر الكلام ٢۶: ٣٣٠.

شابهه مشتمله على الجزم بالشركه، وما ذاك إلّا لحصول الإذن من الشريک بالقبض، ولو زعم القسمه الفاسده ونحوها، وحينئذ يتّجه الجزم بشركه المقبوض، إنما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه، وقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل نسب إلى المشهور أن للشريک مشاركه الآخر فيما قبض، وله مطالبه الغريم بمقدار حصّته، فيكون قدر الحصه فى يد القابض، كقبض الفضول إن أجازه ملكه وتبعه النماء، وإن ردّه ملكه الدافع ويكون مضموناً عليه على التقديرين، ولو تلف قبل اختيار الشريک كما فى المسالك، بل فى التذكره التصريح فى تعيّن حقّه به ولا يضمنه للشريک، وقد أطنب فى المسالك فى تحقيق ذلک وأنه من الفضولى، وأن ذلک هو المراد من قولهم تخير الشريک بين الرجوع على الغريم وبين الشركه فيما قبضه شريكه.

والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعيه، وذلک لأنه وإن اتّجهت الشركه مع إجازه القبض لهما بناء على تأثير مثل هذه الإجازه فى مثله، وإن كان فيه إشكال أو منع من وجوه، بل لم نجده فى المقام لغير ثانى الشهيدين، لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها لا ـ وجه له، بل المتجه حينئذ بقاؤه على ملك الدافع، وذلک لأن القابض ليس له إلا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه، ومع فرض عدم إجازه الشريک لم يكن المال المقبوض مال الشركه، ونيه الدافع أنه مقدار حصه القابض لا تنفع فى ذلک وإن وافقتها نيه القابض، بل لو رضى الشريک بكون ذلک حصه القابض، وما فى ذمه الغريم حصه له لم يجد، لعدم صحه مثل هذه القسمه.

ودعوى جوازها لكنها مراعاه بقبضه، فإن حصل تمّت وإلاّ ـ رجع على القابض وشاركه فيما قبضه، تهجّس بلا ـ دليل، بل هو مخالف للمعروف من عدم

ص:۴۲۹

صحه قسـمه الـدين، وللمعلوم من أنه مع عـدم إجازه القبض على وجه يكون به المقبوض مالاً للشـركه لا يكون كذلك، فكيف يعود إليه بعـد عـدم القبض، وحينئذ، فإن لم يكن ثمه إجماع، أشـكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه بعد عدم الإجازه بل ولا ـ بعضه، اللهم إلا ـ أن يقـال إنه برضـا الشـريک يكـون المقبـوض حصه القـابض بتمحض المقبوض مالاً ـ للشـركه، بـل هو في الحقيقه إجازه لذلك» (١).

إذن، قـد فرّق المحقق وجماعه بين مورد الـدعوى وغيره، ولذا أشـكل في (المسالک) الفرق، ثم نقل عن بعضـهم التفصـيل بين الدين والعين، وقد أشكل في (الجواهر) على هذا الفرق.

وعن جماعه التفريق بين الإقرار والمقام، وأشـكله في (المسالک) بأن سبب الملک في المقام ليس هو اليمين بل الأمر السابق من إرث أو وصيّه. . . ويكون أثر اليمين من بعض الجماعه رفع المانع من تصرفهم في المال برجوعه إليهم.

هذا، وفي (الجواهر) : نعم لو أراد الاسـتقلال بذلك، صالحه عن حصّته المشاعه بعين أو حوّل عليها على إشاعتها أو نحو ذلک، مما ذكرناه في وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى في العين.

والظاهر أن مراده من « أو حوّل عليها» أن يحوّل شـريكه على شـخص آخر فيتقاضـى منه ما يقابل حقه في هذا المال، فيختص به عن شريكه ولا يطالبه شريكه بحقه فيه.

قـال: نعم قـد يتّجه اختصـاص الشـريک في الـدين والعين بمـا يقبضه منهمـا إذا لم يعلم بقـاء سـبب الشـركه، لاحتمال الإبراء من شريكه أو نقله بحصته على الإشاعه

ص:۴۳۰

۱- ۱) جواهر الكلام ۲۶: ۳۳۰.

أو نحو ذلک، والعلم السابق بحصول الشرکه لا یقتضی التشریک فیما یدفعه المدیون أو من فی یده العین منها.

أقول: یمکن أن یقال بأن الشک فی بقاء الشرکه مسبب عن الشک فی نقل الشریک حصته مثلاً، وجریان الأصل فی السبب لا یثبت بقاء الشرکه فی المال إلا علی القول بالأصل المثبت، وهذا هو مراد صاحب (الجواهر) ، ولکن لا مانع من إجراء أصاله عدم الشرکه فی هذه العین فلا یشارکه أخوه فیها، فالإستصحاب فی العین تام، وفی الدین مشکل لشبهه الإثبات.

قال: « مع عدم ثبوت الشرکه بظاهر الشرع» (۱).

أقول: إنه إذا حلف أحد الشریکین یقول الحاکم للمدیون إدفع إلیه حقّه، فإن علم الآخذ ببقاء حق شریکه وجب علیه إعطاؤه حقّه، وإن کان شاکّاً فکذلک، للأصل، فإن أراد بعدم ثبوت الشرکه بظاهر الشرع عدم ثبوتها فی العین، فهو غیر تام.

قال: بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع، کما لو رضی بیمینه أو نکل عن یمین ردّت علیه أو نحو ذلک.

أقول: یعنی إذا وقع النزاع فی الإبراء، فادّعاه المدیون وأنکره هو فرضی بیمین المدیون، فإذا حلف سقط حقه، وکذا لو ردّ المدیون الیمین علیه فنکل عنها، فإنه یثبت بذلک عدم الشرکه بظاهر الشرع.

هذا، ویختص المال بالحالف مع غیبه الشریک وإن جاء وحلف، فلا یشارک أخاه فیما أخذ بل یثبت بحلفه حقه علی المدیون، ولو کان ثمه شرکه له فیما أخذه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۳.

لترتب عليها آثارها، كالشركه فى النماء الحاصل بيد الشريك وضمانه فيما لو تلف المال بيده.

حكم ما لو كان فى المدّعين صغير

قال المحقق: « ولو كان فى الجمله مولى عليه يوقف نصيبه، فإن كمل ورشد حلف واستحق، وإن امتنع لم يحكم له» (۱).

أقول: لقد تقدم أنه لا يحلف أحد فى مال غيره، وعليه، فلا يحلف ولىّ الصغير - مثلاً - فى مال الصغير، بل يصبر حتى يكبر، فإن حلف مع شهاده الشاهد ثبت حقه وإن امتنع فلا. . .

وهل يجوز توقيف مال المديون أو تكفيله حتى يكبر الصغير؟

قيل: نعم إن كان المال عيناً، والأظهر هو العدم مطلقاً، لعدم ثبوت الحق بعد.

قال: « وإن مات قبل ذلک كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه» .

أقول: وإن مات الصغير قبل الكبر طالب الوارث بسهمه، فإن حلف استوفى نصيبه، وهل يحتاج إلى إعاده الشهاده؟ الأقوى: العدم مطلقاً، خلافاً لمن فصّل بين ما إذا كان العنوان الإرث فلا حاجه، وما إذا كان العنوان الوصيه فيلزم.

هذا كلّه فيما إذا أريد إثبات الحق بالشاهد واليمين، ولو أن بعض الجماعه أقام البينه على دعواه وحكم الحاكم بثبوت الدعوى، فإنه يثبت كون المال الموجود بيد المدّعى عليه للميت - إن لم يدّع الإبراء أو نحوه - وبذلک يثبت حق جميع الورثه،

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۳.

ولو تمكن من أخذ بعض المال اشتركوا معه فيه كذلك، فلا تكون البينه حجه لمن أقامها فقط، لكونها طريقاً إلى الواقع وكاشفه عنه، ولازمها اشتراك جميع الورثه فى المال حتى الغائب والمجنون، ولازم البينه حجه.

وأما فى الـدين، فإنّ تطبيق المديون المال على عين خارجيه موقوف على إذن جميع الورثه، وأما المجنون والغائب فيأذن الحاكم عنهمـا من بـاب الولايه، وبناء على هـذه الولايه، فللحاكم أن يرافع من قبل الصـغير الـذى يكون تحت ولايته، بأن يقيم البينه على حقه مثلًا، وأما بناء على عدم هذه الولايه، فإنه يصبر حتى يكبر الصغير ويطالب بحقه بنفسه.

ص:۴۳۳

مسائل خمس

المسأله الاولی: (حکم ما لو قال: هذه الجاریه مملوکتی واُم ولدی)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو قال: هذه الجاریه مملوکتی واُم ولدی، حلّف مع شاهده وثبت رقیّتها، دون الولد لأنه لیس مالاً، ویثبت لها حکم اُم الولد بإقراره» (۱).

أقول: لو کانت جاریه فی ید شخص، فادّعی أحد أنها له وهی أم ولده، فدعواه تشتمل علی جهات:

الاولی: کون الجاریه مملوکته

والثانیه: إنها أم ولد.

والثالثه: لحوق الولد به.

والرابعه: حرّیه الولد.

فإن أقام شاهداً علی دعواه وحلف مع شاهده ثبت بذلک جهتان:

احداهما: کون الجاریه مملوکته، لأن الجاریه مال، وقد تقدّم ثبوت الحق

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۳.

المالی بالشاهد والیمین.

والثانیه: کونها أم الولد، لأنه قد أقرّ بذلک، وحینئذ، یثبت لها حکم أم الولد من عدم جواز بیعها، وعدم انتقالها إلی الورثه بموته، وغیر ذلک من الأحکام.

وأما الجهه الثالثه، فلا تثبت بالشاهد والیمین، لأن الولد لیس مالاً.

وأما الجهه الرابعه، وهی حرّیه الولد، فلا تثبت بالشاهد والیمین کذلک، لأنها لیست بمال، إلا أن یقال بأن مورد تأثیر الشاهد والیمین هو الأعم من صوره إثبات المالیّه وصوره نفی المالیه، لإطلاق الأدلّه.

وفیما نحن فیه، حیث ینکر من بیده الولد حرّیته، فهو علی هذا التقدیر مال، والذی یدّعی حرّیته ینفی مالیّته، فإذا کانت أدلّه الشاهد والیمین مطلقه، أثّرت الشهاده والیمین من هذه الجهه أیضاً، وحکم بحرّیه الولد.

لکن هذا یتوقّف علی إطلاق الأدلّه، بل الأظهر أن هذه الأدلّه وارده فی مورد إحقاق المدعی حقه بالشاهد والیمین، وأما إنکار حق لخر فهی منصرفه عنه، ومع التنزل عن ذلک، فإنه لو شک فی ذلک کان الحکم عدم ثبوت الحریه بالشاهد والیمین، بل لابدّ من إقامه البیّنه.

وأما الحکم بالحرّیه - بناء علی الملکیه آناً مّا - ثم الإنعتاق، ففیه:

إن الملکیه آناً مّا تتحقق فی مورد دعوی الولد مالکیه أحد عمودیه، فإنه إن أقام شاهداً وحلف مع شاهده، ثبت وتملک آناً مّا ثم انعتق علیه، وأما فی هذه المسأله فهو یدّعی أن هذا الولد حرّ منذ وجد، فلیس له حاله الرقیّه سابقاً، فلا یقاس ما نحن فیه علی ذاک المورد.

وقال فی (الجواهر) (۱): وأما الحرّیه، فبناء علی ثبوتها بالشاهد والیمین، فقد یقال بعدمه هنا، باعتبار کونها هنا تابعه للنسب لا واقعه بالذات، وانتفاء المتبوع یستتبع انتفاء التابع. وفیه: إن انتفائه واقعاً یقتضی ذلک لا عدم الحکم به فی ظاهر الشرع، وحینئذ یمکن إثباتها بهما، کما لو اشتملت الدعوی علی أمرین یثبت أحدهما بذلک دون الآخر. . . فهی حینئذ کدعوی السرقه، ودعوی: أن حریه الولد لیست من حقوق المدعی کی تندرج فی ضابط الشاهد والیمین، یدفعها: أنها من حقوقه مع استنادها إلی کونه ولداً له.

أقول: وفی جوابه وجوه من النظر:

فأوّلاً: لیست الحرّیه حقاً من الحقوق، بل هی عدم تعلّق الحق.

وثانیاً: لیست الحریه من الحقوق المالیه لو کانت حقاً.

وثالثاً: سلّمنا، لکن هذا الحق للحرّ نفسه، ولا معنی لأن یقال بأن حرّیه الولد من حقوق الأب.

فالحق: إن الإشکال المذکور لا یندفع بما ذکره، ویبقی الولد فی ید من بیده الجاریه حتی ترتفع بإقراره مثلاً.

وأمّا قوله: بل قد یقال إن الحکم بملکیه الجاریه یقتضی الحکم أیضاً بملکیه الولد الذی هو من نمائها التابع لها. . . .

ففیه: إن هذا یصح حالکون الولد قد وجد ملکاً للجاریه، فیکون ملکاً لمولاها بتبعها، لکن المفروض أنه قد وجد حرّاً کما تقدم، فما ذکره غیر تام.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۲۸۹.

المسأله الثانیه: (حکم ما لو ادعی بعض الورثه أن المیت وقف علیهم داراً)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعی بعض الورثه أن المیّت وقف علیهم داراً وعلی نسلهم، فإن حلف المدّعون مع شاهدهم قضی لهم» (۱).

أقول: الظاهر عدم الفرق بین کون من یدعی وقفیه الدار علیه من الورثه أو غیرهم، فإن الوقفیه تثبت بالشاهد ویمین المدعی، وبذلک تخرج الدار عن الترکه فلا یؤدّی منها الدّین وإن کان مستوعباً، ولا تقسم بین الورثه بحسب المیراث، بل تکون بین الموقوف علیهم بحسب صوره الوقف.

فإن انقرض هؤلاء، فهل یتوقف أخذ البطن الثانی الدار علی إقامه الشهاده والحلف مرّه أخری أم لا بل یکفی لذلک حلف البطن الأوّل وشهاده شاهدهم علی دعواهم المذکوره فتنقل الدار إلیهم کالإرث؟ وجهان. وهذا البحث یتوجّه فیما إذا کان الوقف المدّعی بنحو التشریک بین البطون لا الترتیب.

فالوجه الأوّل: هو التوقف علی تجدید الحلف والشهاده، لأن دعوی الوقفیّه علی نفسه وعلی نسله تنحلّ فی الواقع إلی دعویین: کونه الموقوف علیه ما دام حیّاً، وکون الدار وقفاً علی نسله من بعده، فبیمینه وشهاده شاهده تثبت الدّعوی الاولی، وثبوت الثانیه یتوقف علی یمین البطن الثانی وشهاده شاهدهم.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۳.

والوجه الثانی: کفایه حلف البطن الأوّل مع شهاده الشاهد، لأن البطن الثانی یتلقّی الدار من البطن السابق لا ـ من الواقف، والمفروض ثبوت دعوی البطن السابق بکونها وقفاً علیه وعلی نسله.

وبعباره أخری: إن کان الواقف یجعل الدار للبطن الأوّل مشروطاً بانتقالها منهم إلی البطن الثانی دون سائر الورثه – نظیر إیقاف الدار علی زید مادام حیّاً وانتقالها بعد موته إلی جهه إقامه المأتم علی سید الشهداء علیه السلام – فلا حاجه إلی إثبات البطن الثانی للوقفیه، وإن کان للواقف جعلان أحدهما للبطن الأوّل، والثانی للبطن الثانی بعد انقراض الأوّل، لزم الحلف وإقامه الشهاده علی الثانی.

وظاهر (المسالک) اختیار الوجه الأوّل، وقد ذکر وجوهاً علی ذلک:

أحدها: التنظیر بالإرث، قال: « کما إذا أثبت ملکاً بالشاهد والیمین ثم مات، فإن وارثه یأخذه بغیر یمین» (1).

وأجاب فی (الجواهر) (2)بأن تملّک المورّث موضوع فی الدلیل الشرعی للإنتقال إلی الوارث، ولکن لا دلیل فی مسأله الوقف علی أن ما ثبت لهذا البطن ثابت للبطن اللاّحق، نعم، إن أقیمت البینه کانت کاشفه عن ملکیه هذا البطن ونسله.

والثانی: قوله: « ولأنه قد ثبت کونه وقفاً بحجه یثبت بها الوقف فیدوم کما لو ثبت بالشاهدین» .

أقول: إن أراد من هذا الوجه الأخذ بتنقیح المناط، بمعنی أن الموجب لأخذ

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۵۲۳.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۲۹۱.

البطن الأوّل، يوجب أخذ الثانى بالأولويّه، ففيه: إن ذلک ممنوع، إلا إذا ثبتت الوقفيه بالبينه. وإن أراد أن ثبوت الوقفيه يستلزم الدوام، لأن الدوام له دخل فى مفهوم الوقف، ففيه: إن الذى ثبت بالشاهد ويمين البطن الأوّل جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفيّتها، لأن الوقف لايثبت بالشاهد واليمين، فيكون نظير جواز الصلاه فى الثوب المحكوم بالطهاره استصحاباً، فإنه لا يثبت له الطهاره بل ثبت جواز الصلاه فيه.

والثالث قوله: « ولأن البطن الثانى وإن كانوا يأخذون عن الواقف، فهم خلفاء عن المستحقين أوّلاً، فلا يحتاجون إلى اليمين. . .» (۱).

وفيه: إن هذا ليس بدليل يعتمد عليه.

فتلخص: إن أصل الوقفيه لا يثبت بالشاهد ويمين البطن الأوّل، فإن وصلت النوبه إلى البطن الثانى وجب عليهم إعاده الشهاده واليمين، ولا ملازمه عقلاً أو شرعاً بين قول البطن الأوّل وقول البطن الثانى.

ثم قال فى (المسالک) : « وإن قلنا بالثانى، لم يأخذ إلا باليمين كالبطن الأوّل، وعليه، فلو كان الاستحقاق بعد الورثه كالأولاد مثلاً للفقراء، وكانوا محصورين كفقراء قريته ومحلّته، فالحكم كالأوّل، وإن لم يكونوا محصورين بطل الوقف، لعدم إمكان إثباته باليمين، وعادت الدار إرثاً» (۲).

وفيه: إنه لا وجه للحكم ببطلان الوقف، نعم، لا يثبت الوقف وهو أمر آخر، اللهم إلاّ أن يقال بترتّب أثر البطلان عليه، وحيث تعود الدار إرثاً، فهل

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۵۲۳.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۳: ۵۲۳.

يشترط فى استحقاق الوارث منها وجوده عند موت المورث أو لا؟ فيه بحث.

ثم قال قدّس سرّه: « وهل يصرف إليهم بغير يمين؟ وجهان» (١).

أقول: وهذا عجيب، فإنه لما تعود الدار إرثاً لا يبقى مورد لهذا البحث.

قال: « ويحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف، بناء على أنه وقف تعذّر مصرفه كالوقف المنقطع. . .» أى: إنه مع غض النظر عن الإشكال من جهه تعذّر حلف جميعهم، لفرض عدم الإنحصار، يكون وقفاً متعذّر المصرف، فيحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف.

وفيه: إنه إن كان المراد من الأقرب إليه هو الأقرب بما هو أقرب لا بما هو وارث، فهذا لا يقول به أحد من الأصحاب، والأولى فى الوقف الذى تعذّر مصرفه أن يصرف فى مطلق وجوه البرّ أو إلى الوجه الأقرب إلى غرض الواقف.

ولو مات أحد الحالفين وبقى سائرهم، صرف نصيبه إليهم، فإن لم يبق منهم إلا واحد، صرف كلّ الوقف إليه، قال فى (المسالك) :

« وهل أخذ الآخرين يكون بيمين أو بغير يمين؟ يبنى على أن البطن الثانى هل يأخذ بيمين أم لا؟ فإن قلنا بعدم افتقاره إلى اليمين فهنا أولى، وإن قلنا باليمين ففيه هنا وجهان: من انتقال الحق إلى الباقى من غيره فيفتقر إلى الحلف. ومن كونه قد حلف مرّه وصار من أهل الوقف، فيستحق بحسب شرط الوقف تاره أقلّ وتاره أكثر» (٢).

لكن الأقرب – وفاقاً للجواهر (٣)– عدم التوقف على اليمين.

ص:۴۴۱

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٥.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٥.

٣- ٣) جواهر الكلام ۴٠: ٢٩٣.

هذا كلّه بالنسبه إلى حكم ما إذا حلف المدّعون أجمع.

قال المحقق قدّس سرّه: « وإن امتنعوا حكم بها ميراثاً، وكان نصيب المدّعين وقفاً» (۱).

أقول: وإن امتنع جميع المدّعين للوقفيّه عن اليمين، اشتركوا مع سائر الورثه فی الدار، وقسّمت بينهم حسب الفريضه فی الميراث، لكنهم حيث يعترفون بالوقفيّه، يكون ما وقع إليهم وقفاً، فلا يتصرفون فيه التصرف الملكی، ومع موت الناكلين تنتقل سهامهم إلى ورّاثهم، وعليهم أن يعاملوا ما ينتقل إليهم معامله الوقف، لإقرار مورّثيهم بالوقفيه.

ولو ادّعى هؤلاء على سائر الورّاث بأن جميع الدار وقف ففی (المسالك) :

« وجهان مبنّيان من كون الأولاد تبعاً لآبائهم، فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، ومن أنهم يتلقّون الوقف من الواقف فلا تبعيه. وربما بنی الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا؟ فإن منعناه لم يحلف الأولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم، وإن جوّزناه جاء الوجهان. والحق: مجيؤهما وإن منعنا من الوقف المنقطع الأوّل، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه فی الواقع وإن انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم، ولأن البطن الثانی كالأوّل، لأن الوقف صار إليهم بالصيغه الاولى عن الواقف، ولأن منع الثانی من الحلف يؤدّی إلى جواز إفساد البطن الأوّل الوقف على الثانی، وهذا لا سبيل إليه. فالقول بجواز حلفهم أقوى، وهو خيره الشيخ فی المبسوط والمصنف وغيرهما» (۲).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۴.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۳: ۵۲۴ - ۵۲۵.

قلت: وما ذهبوا إليه هو الأقوى.

وأما إشكال صاحب (الجواهر) قدّس سرّه من « أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف، لأنه حينئذ يكون يميناً للغير» (۱). فمندفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء وليست لآبائهم.

قال المحقق: « وإن حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً وكان الباقي طلقاً، تقضى منه الديون وتخرج الوصايا، وما فضل ميراثاً» (۲).

أقول: أي ينتفع منه الجميع، ولكن الناكلين الذين يعترفون بالوقفيه ليس لهم أن يعاملوا ما وقع إليهم معامله الملك، وكذا الأمر بالنسبه إلى ورّاثهم وإن أعطوا بعنوان الإرث، لأن إقرار آبائهم بالنسبه إلى ما بأيديهم حجه، فلو أقرّ المورّث عند الوارث بأن الشيء الفلاني وديعه عنده من فلان وليس من جمله أمواله، وجب على الوارث دفع الشيء إلى مالكه بلا بينه.

ومن ادّعى الوقفيه ونكل عن اليمين جاز لوارثه أن يحلف عليها، فيأخذ مثل وارث الحالف بعد انقراض البطن الأوّل، ويترتب على يمين وارث الناكل أنه إن كان الوقف على الأولاد بالسويّه وامتنع أحدهم عن اليمين، كان أمر بنته دائراً بين أن تحلف على الوقفيّه - فيكون نصيبها مساوياً لنصيب أخيها - وبين أن تأخذ نصف سهمه من باب الإرث.

وحيث يثبت نصيب الحالف وقفاً، فهل يعطى مع ذلك سهماً بعنوان الإرث؟

قال المحقق والعلّامه قدس سرهما: نعم.

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۲۹۴.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۴.

والأقوى - كما تقدّم - هو جواز حلف الأولاد على أن جميع الدار وقف، لأنه ليست الوقفيه على البطن الثانى تابعه للوقفيه على البطن الأوّل، وأيضاً: ليست يمين البطن الثانى تابعه ليمين البطن الأوّل.

قال المحقق: « وما يحصل من الفاضل للمدّعين يكون وقفاً» .

أقول: أى للإقرار كما عرفت آنفاً.

قال: « ولو انقرض الممتنع كان للبطن التى تأخذ بعده الحلف مع الشاهد، ولا يبطل حقّهم بامتناع الأوّل» (١).

أقول: وهذا واضح، وقد عرفته آنفاً أيضاً.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۴.

المسأله الثالثه: (حكم ما لو ادّعى الوقفيه عليه وعلى أولاده بعده)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ادّعى الوقفيه عليه وعلى أولاده بعده وحلف مع شاهده، ثبتت الدعوى، ولا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه» (۱).

أقول: هذا مذهب المحقق وجماعه، وفى (المسالك) (۲)بنى المسأله على أنه إن كان الأولاد يتلقّون الدار مثلاً من الواقف فيحلفون، وإن كان من البطن الأوّل فلا، ووجه ما ذكره المحقق قدّس سرّه قوله: « لأن الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده» يعنى: إن ثبوت الوقفيه فى حق البطن الأوّل يغنى عن إثباته فى حق البطن الثانى.

وفى (الجواهر) : « لكن قد عرفت أن فيه منعاً واضحاً، ضروره كونه كذلك إذا كان فى مال لا منازع لهم فيه، لا فى مثل الفرض» (۳).

قلت: وهذا هو الأولى.

قال المحقق: « وكذا إذا انقرضت البطون وصار إلى الفقراء أو المصالح» (۴).

أقول: أى لا يلزم أحد بالحلف حينئذ، بل يكتفى لثبوت الوقفيه بحلف البطن الأوّل مع شهاده شاهدهم، لكن بناءاً على ما ذهب إليه صاحب (الجواهر)

ص:۴۴۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۴.
۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۳: ۵۲۸.
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۲۹۷.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۹۴.

يجب على الفقراء مثلاً الحلف إن كانوا محصورين، وأما فی حال عدم كونهم محصورين، فالوقف باطل، لعدم صحه اليمين من أحدهم، وقد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ، لكن ضعّفه فی (الجواهر) ، وقال: بل مناف لظاهر الأدلّه.

هذا كلّه فی وقف الترتيب.

قال المحقق: « أما لو ادّعى التشريک بينه وبين أولاده، افتقر البطن الثانی إلی اليمين» . فی (الجواهر) : قطعاً بل لا خلاف أجده فيه، وقد بيّن المحقق وجه ذلک بقوله:

« لأن البطن الثانی بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الدعوى» أی: لما تقرّر من أنهم جميعاً يتلقون الدار من الواقف هذا من جهه، ومن جهه أخرى، قد تقرّر عدم ثبوت حق أحد بيمين غيره.

وخالف السيد صاحب (العروه) قدّس سرّه فقال (1): الأقوى عدم الحاجه إلی الحلف (قال) : لأن الطبقات المتأخره وإن كانوا يتلقون من الواقف، إلا أن الوقف بهذه الكيفيه أمر واحد مستمر، فإذا أثبت من الأوّل ثبت فی حق الجميع.

وفيه: إنه ليس فی المقام إلا إنشاء صيغه واحده فيقول: وقفت لأولادی، إلاّ أن هذا الإنشاء ينحلّ بعدد الأولاد فی البطن الواحد، ولكنه حيث يوقف على الأولاد وأولادهم يقول: وقفت على أولادی وأولاد أولادی، وحينئذ، يكون شموله للطبقه المتأخره متوقفاً على اليمين.

وعلى ما تقدّم، قال المحقق: « فلو ادّعى اخوه ثلاثه أن الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد» أی: وثبت ذلک بالنسبه إليهم « ثم صار

ص:446

1- 1) العروه الوثقى 3: 97.

لأحدهم ولد، فقد صار الوقف أرباعاً» فهنا مسائل:

(الأولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ؟ نعم، فإنه لا فرق بينه وبين الثلاثه، فكما أن أولئك ثبتت دعواهم وأُعطوا حصصهم باليمين، فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف.

ووجه ذلك ما تقدّم من كون التلقّي عن الواقف، فلو كان رابع الثلاثه من أوّل الأمر لوجب عليه اليمين مثلهم، فالآن كذلك، وعلى هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر، ولذا قال المحقق: « ولا تثبت حصه هذا الولد ما لم يحلف، لأنه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى، ويوقف له الربع» .

(الثانيه) وإذ يوقف له الربع فعند من يوقف؟ فی (المسالک) : « فی تسليمه إلى وليّه أو يوضع فی يد أمين وجهان. . .» (۱).

توضيح الأوّل: إنه يجعل عند وليّه، لأن لولده سهماً بإقرار الثلاثه، وما للولد يكون عند وليه.

وتوضيح الثانی: إنه يجعل عند أمين من غير الثلاثه، لأنه قد لا يحلف عند كماله، ويحتمل أن يأبى وليّه عن ردّه، فإن كان الوارث منحصراً بالثلاثه، فمع إقرارهم بعدم استحقاق ثلاثه أرباع الدار من جهه، ومع نكول الولد عند الكمال أو نفيه الوقفيه من جهه أخرى، يكون الربع للميت، ومنه تقضى ديونه وتنجّز وصاياه، وإن لم يكن منحصراً كان الربع لسائر الورثه.

وقد اختار صاحب (المسالک) الوجه الثانی، حيث قال بعده (۲): « وهذا هو

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۳: ۵۲۹.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۳: ۵۲۹.

الأصح» .

وفی (الجواهر) : قلت بل یتوقف فی أصل إیقافه لما عرفته فی الوجه الأصح، وحینئذ یجری علیه حکم ما لم یثبت وقفه ویحرم الثلاثه منه، لاعترافهم بعدم استحقاقهم منه شیئاً، إلا أنی لم أجد قائلاً بذلک، ولعلّه قوی للاحتیاط فی مثله. . . (۱).

(الثالثه) لو مات الولد قبل البلوغ، عادت الدار أثلاثاً، وبقی الکلام حول نماء سهمه من حین ولادته إلی موته. وحیث أن الثلاثه قد أقرّوا بکونه للولد فهم ملزمون بحرمانهم منه، فیصل النماء إلی ورثه الولد.

(الرابعه) قال المحقق: «فإن کمل وحلف أخذ، وإن امتنع، قال الشیخ یرجع ربعه علی الإخوه، لأنهم أثبتوا أصل الوقف علیهم ما لم یحصل المزاحم، وبامتناعه جری مجری المعدوم. وفیه إشکال، ینشأ من اعتراف الإخوه بعدم استحقاق الربع» (۲).

أقول: ذهب الشیخ رحمه اللّه إلی ردّ الربع إلی الثلاثه، لإثباتهم أصل الوقف علیهم، والولد بنکوله عن الیمین یجری مجری المعدوم، فتبقی الدار بین الثلاثه کما کان الأمر قبل ولاده الولد. ولأن الواقف جعل الإخوه الثلاثه أصلاً فی استحقاق الدار ثم أدخل من یتجدد فی جمله المستحقین علی سبیل العول، فإذا سقط الداخل فالقسمه باقیه بحالها علی الاصول کما کانت، نظیر ما إذا مات إنسان وخلف ألفاً من الدراهم فجاء ثلاثه وادّعی کلّ واحد ألفاً علی المیت وأقام شاهداً، فإن حلفوا معه

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۲۹۸.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۴.

فالألف بينهم، وإن حلف اثنان منهم فهو لهما، وإن حلف واحد فالألف له.

فللشيخ رحمه اللّه على ما ذهب إليه وجهان، وقد أشكل المحقق وغيره فى الأوّل منهما، بأن الإخوه معترفون بعدم استحقاق الربع وأنه للولد، فكيف يجوز لهم أخذه بنكوله عن اليمين؟

لكن الشيخ نفسه قد تعرّض لهذا الإشكال وأجاب عنه، وهذا نصّ كلامه:

« فإن قيل: الثلاثه إذا اعترفوا بالربع للصبى كيف يعود إليهم ما اعترفوا به لغيرهم؟ قلنا: الإقرار ضربان: مطلق ومعزى إلى سبب، فإذا عزى إلى سبب فلم يثبت السبب عاد إلى المقرّ به، كقولهم: مات أبونا وأوصى لزيد بثلث ماله، فردّ ذلك زيد، فإنه يعود على من اعترف بذلك، وكذا من اعترف لغيره بدار فى يده فلم يقبلها الغير، عادت إلى المقر، كذلك ههنا» (۱).

وفى الوجه الثانى نظر، فأما المثال الأوّل فالفرق بينه وبين محلّ الكلام واضح، لأنه مع ردّ زيد الموصى له للوصيه لا تتم تلك الوصيه، وأما الثانى، فلا نسلّم بعود الدار إلى المقرّ مع عدم قبول المقرّ له، لأن المقرّ يعترف بعدم استحقاقه لها، فيلزم اعطاؤها للمقرّ له بأى نحو كان.

هذا، وما ذهب إليه الشيخ من عود سهم الولد إلى الثلاثه أحد الوجوه فى مصرف هذا السهم فى هذه المسأله، وقد ذكر وجهان آخران:

الأوّل: صرفه إلى الناكل بالرغم من نكوله، لاعتراف الإخوه له بالاستحقاق دونهم، إلاّ أن هذا يتوجه فيما إذا كان الولد معترفاً بالوقفيه أو ممتنعاً عن اليمين، وأما فى صوره انكاره لأصل الوقفيه واعترافه بعدم الاستحقاق، فلا

۱- ۱) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۲۰۲.

وجه لأخذه ما يعطونه، لكن الشيخ لم يمنع من أخذ الثلاثه لهذا السهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم، مع أن الفرق بين الموضعين غير واضح، إلاّ أن الشيخ قد وجّه ما ذهب إليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الإقرار إلى ضربين.

ويمكن القول هنا بأن كون المال للإخوه بأحد سببين:

الأوّل: كون المال إرثاً، فهم يستحقّونه بالإرث بالعنوان الأوّلى، إلا أن يقوم دليل ثانوى على تصرفهم فيه بعنوان آخر.

والثاني: السبب العارض والعنوان الثانوى وهو الوقفيّه. وحينئذ، فإن إقرار الإخوه بعدم كون السهم لهم مستند إلى الوقفيّه، لكن رفع اليد عن مقتضى الدليل الأوّلى للاستحقاق يتوقف على ثبوت عنوان الوقفيه، أما هناك فإن مجرّد عدم ثبوت الوقفيه كاف لثبوت كونه إرثاً، من غير حاجه إلى أن يحلفوا على الإرث، وعلى هذا، فإن الإقرار المستند إلى الوقفيه مع عدم ثبوت المستند لا يمنع من صرف سهم الناكل إليه، فيكونون شركاء فى الإرث، إلا أن الإخوه الثلاثه يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز.

الوجه الثانى: أنه وقف تعذّر مصرفه، لأنه لا يصرف إلى الثلاثه لاعترافهم بعدم الإستحقاق، ولا إلى الولد لعدم ثبوته له بنكوله، فيكون من صغريات مسأله الوقف الذى تعذر مصرفه، فهل يرجع إلى الواقف أو ورثته، أو يصرف فى أقرب الوجوه إلى غرضه أو مطلق وجوه البر؟ وجوه.

(الخامسه) : قال المحقق: « ولو مات أحد الإخوه قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لأن الوقف صار أثلاثاً وقد كان له الربع إلى حين الوفاه، فإن بلغ وحلف أخذ الجميع، وإن ردّ كان الربع إلى حين الوفاه لورثه الميّت

والأخوين، والثلث من حين الوفاه للأخوين» (۱).

وهذا مذهب الشيخ قدّس سرّه، قال المحقق: « وفيه أيضاً إشكال كالأوّل» .

أقول: إن ردّ فلاـ يعطى ورّاثه شيئاً، بل يصرف إلى ورثه الواقف فإنهم الطبقه الأولى وينكرون الوقفيه، وإن لم يكن له ورثه فيصرف إلى الحالفين.

هذا، وأضاف فى (الجواهر) (۲)فرعاً وقال: ولو ادّعى البطن الأوّل الوقف على الترتيب وحلفوا مع شاهدهم، فقال البطن الثانى بعد وجودهم: إنه وقف تشريك، ففى القواعد: كانت الخصومه بينهم وبين البطن الأوّل، فإن أقاموا شاهداً واحداً حلفوا وتشاركوا، ولهم حينئذ مطالبتهم بحصّتهم من النماء من حين وجودهم (۳). وفى كشف اللثام: وإن نكلوا خلص الوقف للأوّلين ما بقى منهم أحد، وإن تجدّدوا أو ادعوا التشريك قبل حلف الأوّلين كان خصوماً لهم ولغيرهم من الورثه، ولكن لا يجدى نكولهم إلاـ المدّعين، فإنهم لمّا ادّعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم، إن انعكس بأن حلف هؤلاء ونكل الأوّلون صار نصيب الأوّلين ميراثاً (۴). واللّه العالم.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۴.
۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۱.
۳- ۳) قواعد الأحكام ۳: ۴۵۲.
۴- ۴) كشف اللثام ۱۰: ۱۴۶.

المسأله الرابعه: (حكم ما لو ادّعى عبداً وأنه أعتقه فأنكر المتشبث)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعى عبداً وذكر أنه كان له وأعتقه فأنكر المتشبث. قال الشيخ: يحلف مع شاهده ويستنقذه. وهو بعيد لأنه لا يدعى مالاً» (۱).

أقول: لو ادّعى عبداً هو الآن بيد غيره، فقال إنه كان لى وقد أعتقته، فأنكر الذى بيده العبد ذلك. قال الشيخ (۲): يحلف المدّعى مع شاهده ويستنقذ العبد. وقال المحقق قدّس سرّه: « هو بعيد، لأنه لا يدعى مالاً» وقد تقدّم أن الذى يثبت بالشاهد الواحد واليمين هو المال وحده، وتقدّم أيضاً أن الحريّه ليست مالاً. وأما بناء على كون الحريّه حقاً من الحقوق، فتشملها صحيحه محمد بن مسلم، فإن هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه، ولا أثر ليمين المعتق لإثبات حق غيره، فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأه أم ولده، بل لو سلّم ثبوت المطلب هناك، فإن هذه الدعوى هنا لا تثبت.

ولعلّ نظر الشيخ إلى ترتب الأثر المالى على هذه الدعوى، وهو أنه يرثه من جهه الولاء.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۴.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۱۹۶.

المسأله الخامسه: (حکم ما لو ادّعی علیه القتل وأقام شاهداً)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعی علیه القتل وأقام شاهداً فإن کان خطأ أو عمد الخطأ حلف وحکم له، وإن کان عمداً موجباً للقصاص لم یثبت بالیمین مع الواحد وکانت شهاده الشاهد لوثاً، وجاز له إثبات دعواه بالقسامه» (۱).

أقول: لو ادّعی علیه القتل وأقام شاهداً واحداً فتاره: یدّعی ما یوجب المال، وأخری: یدّعی ما لا یوجبه، ففی الصّوره الأولی، کما لو کان القتل المدعی خطأ أو عمد الخطأ، حلف المدّعی مع شهاده الشاهد وحکم له، لما تقدّم من ثبوت الحق المالی بالشاهد والیمین.

وفی الصوره الثانیه، کما لو کان القتل المدّعی عمداً موجباً للقصاص لم یثبت الحق بالیمین مع شهاده الشاهد الواحد، لعدم کونه حقاً مالیّاً، وتکون شهاده الشاهد الواحد فی هذه الصوره لوثاً، وجاز للمدعی إثبات دعواه حینئذ بالقسامه.

وتوضیحه: إن قتل العمد یثبت بأمور:

۱ - البیّنه.

۲ - إقرار القاتل، ویکفی مرّه واحده.

ص:۴۵۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۴.

۳ – القسامه فی صوره اللّوث. و اللّوث أماره دون البیّنه، أی أن یکون هناک قرینه موجبه للظن بأنه القاتل فحینئذ تجب القسامه، مثلًا: لو وجدت جثه شخص مقتول مضرّج بدمائه وبالقرب منه شخص آخر بیده سیف ملطّخ بالدم، فتقام القسامه، وهی أن یقسم خمسون رجل – أحدهم ولی المقتول – بأن فلاناً هو القاتل، فیثبت القصاص حینئذ وإن لم یکن هؤلاء عدولاً. ولو کانوا خمسه وعشرین رجلاً حلف کلّ واحد منهم مرّتین، ولو کانوا أقل کرّروا الیمین حتی الخمسین، ولو کان الولی وحده حلف خمسین مرّه، ولو لم یوجد أحد أو امتنعوا عن الیمین، حلف خمسون رجل علی الإنکار، أو أُقیمت البینه علی النفی. وهنا حیث یوجد شاهد واحد کانت شهادته لوثاً وجاز للمدعی إثبات دعواه بالقسامه، فإن أُقیمت ثبت الحکم کما ذکرنا.

المجلد ۲

اشاره

ص: ۱

ص :١١٨

بقيه كتاب القضاء

اشاره

القضاء والشهادات (۲)

الكلام في: كتاب قاضٍ إلى قاض

اشاره

إعلم أن حكم الحاكم موضوع لأحكام بالنسبه إلى غيره من الحكّام، كوجوب الإنفاذ فى بعض الموارد، وعدم جوازه فى بعض الموارد، ووجوب التفحص عن دليله فى موارد، وعدم جوازه فى أخرى.

ثم الحكم الذى يصدره الحاكم، يمكن إنهاؤه إلى الحكّام الآخرين: بالقول، وبالكتابه، بشهاده العدلين، وبإقرار المحكوم عليه بذلك الحكم.

حكم إنهاء الحكم بالكتابه

وبالنسبه إلى إنهائه بالكتابه قال المحقق (۱): « أما الكتابه فلا عبره بها» .

أى: فلا تكون موضوعاً لشىء من الأحكام، قال: « لإمكان التشبيه» .

وهذا التعليل يتوجّه فى عصرنا بالنسبه إلى الأحكام التى يصدرها الحكّام أو ينهونها بواسطه الهاتف أيضاً، لإمكان التشبيه فى الصوت بسهوله جدّاً.

وأضاف فى (الجواهر) : « وعدم القصد إلى الحقيقه، وعدم الدليل شرعاً على اعتبار دلالتها» .

وقد ادّعى الإجماع على عدم العبره بالكتابه، وحكى عن بعضهم نفى الخلاف فيه، وقيل: لا ـ مخالف إلا أبو على ابن الجنيد الإسكافى، والأردبيلى حيث اعتبرها فى صوره العلم بالكتابه، وكونه قاصداً لمعناها، قال: ولهذا جاز العمل

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۵.

بالمكاتبه فى الروايه، وأخذ المسأله والعلم، والحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، ولأنه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتاخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، وأنه كتب قاصداً للمدلول، وحينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنه يجب إنفاذه وإجراؤه من غير توقف، ويكون ذلك مقصود ابن الجنيد، ويمكن أن لا ينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يؤمن فيها التزوير، أو لم يعلم قصد الكاتب إراده مدلول الرسم (۱).

وأجاب عنه فى (الرياض) بقوله: وفيه نظر، لأن ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقاً، ولم نجده فى نحو محل البحث ممّا يتعلق بموضوعات الأحكام التى لم تتوقف عليها مطلقاً، ولو كان الظن للعلم متاخماً، ومجرّد كون الظن بالكتابه أقوى من الظن الحاصل من شهاده الشاهدين لايوجب قطعيتّه ولا حجيته إلا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث إفادتها المظنه وهو ممنوع، بل كلمه القائلين بحجيّتها وسماعها هنا مطبقه على أنها من جهه الأدلّه الأربعه التى سيأتى ذكرها، وهى أدلّه قاطعه أو ظنيه ظناً مخصوصاً مجمعاً عليه، ومثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابه، بعد إمكان دفع الضروره - التى هى الأصل فى تلك الأدلّه - بالشهاده على الحكم وإقامه البينه وإنفاذ الحاكم الثانى الحكم بها.

وعلى الجمله، لو كان السبب لاعتبار شهاده الشاهدين هو إفادتها المظنه أمكن ما ذكره، أما لو كان قضاء الضروره وغيره مما هو كالدليل القاطع، فلا وجه

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۳ - ۳۰۴.

له ولا ـ لقياس الكتابه بالشهاده، ولا ـ بالإكتفاء بالروايه المكاتبه، وأخذ المسأله، ونحوهما مما ذكره، لأن مستند الإكتفاء بهذه الامور المعدوده فى نحو الأحكام الشرعيه إنما هو من حيث قضاء الضروره، وانسداد باب العلم بها بالكليّه، وعدم إمكان تحصيلها إلا ـ بالمظنه، وأن عدم اعتبارها حينئذ يوجب إما الخروج عن التكليف، أو التكليف بما لا يطاق، وهما ممتنعان قطعاً، عقلًا وشرعاً، وهذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم (۱). . .

وقال فى (الجواهر) بعد كلام الأردبيلى المذكور: التحقيق: أن الكتابه من حيث أنها كتابه لا دليل على حجيّتها قطعاً مطلقاً، سواء فى إقرار وغيره، بل عن ابن إدريس فى نوادر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع إلا إلى قول المفتى دون ما يجده بخطّه - إلى أن قال - بغير خلاف من محصّل ضابط لاصول الفقه، وبنى على ذلك عدم حجيه المكاتبه، قال: لأن الراوى للكتابه ما سمع الإمام يقول، ولا شهد عنده شهوده أنه قال، وإن كان فيه ما ستعرف.

نعم، إذا قامت القرائن الحاليّه وغيرها على إراده الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد من رسمها، فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار والأمصار على ذلك، بل يمكن دعوى الضروره على ذلك، خصوصاً مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف والوفاق، ونقلهم الإجماع وغيره فى كتبهم المعوّل عليها بين العلماء. . . ولكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابه فيما نحن فيه - بعد انتفاء احتمال التزوير وعدم القصد وغيرهما من الاحتمالات - بمنزله إخباره بالحكم، فإن قلنا بقبوله قبلت وإلا فلا.

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۱۳۴ - ۱۳۶.

وربما أشعر التعليل الأول فی عباره المصنف، والثانی فی عباره غیره بإراده غیر هذا الفرد من الکتابه، کما أنه یمکن حمل کلام ابن الجنید ومن وافقه علی ما ذکرنا، فیعود النزاع لفظیاً.

وتحمل الروایتان علی العمل بالحکم بالکتابه، بمعنی إیجاد الحکم بها باللّفظ، لا علی العمل بها من حیث أنها کتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها علی کونها منه، وأنه قصد بها معنی اللفظ المستفاد من رسمها (۱). . .

قلت: والتحقیق هو النظر فی الجهات الموجبه للشک بحجیه الکتابه والمفرقه بینها وبین القول، والذی یوجب الشک فی الاعتبار لیس إلا احتمال الکذب، أو احتمال السهو والنسیان، أو احتمال عدم القصد.

أمّا الأول فالمفروض عدمه للوثاقه.

وأما غیره من الاحتمالات، فکلّها منتفیه بالأصل.

والفرق بین القول والکتابه هو: مجی احتمال التشبیه فی الثانی دون الأول، ولذا لم یذکر المحقق غیر هذا الاحتمال لعدم العبره بالکتابه، وإن کان احتمال عدم القصد فی الکتابه أقوی منه فی القول، لکنه یندفع بالأصل کما تقدم، ویندفع أیضاً بالعلم بالکتابه وکونها خط فلان.

وأضاف فی (السرائر) : إحتمال التزویر (۲)، وهو - کما فی مجمع البحرین -: تزیین الکذب. ولکن هذا الاحتمال مشترک بین القول والکتابه.

وأما الإجماع المدعی فهو منقول، وتبقی الروایتان:

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۰۴ - ۳۰۵.

۲- ۲) السرائر فی الفقه ۲: ۱۸۷.

۱ - عن السكونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام: « إنه کان لا یجیز کتاب قاض إلی قاض، فی حدّ ولا غیره، حتی ولیت بنوا اُمیه، فأجازوا بالبیّنات» (۱).

۲ - عن طلحه بن زید عن جعفر عن أبیه عن علی مثلها (۲).

وهما - بناء علی اعتبار هما بعمل الأصحاب (۳)- محمولتان علی أن ذلک کان منه علیه السلام فی مورد عدم حصول الإطمینان بالکتابه، وقصد کاتبها لما کتبه.

فالعمده فی الاستدلال علی عدم العبره بالکتابه هو عدم الدلیل النقلی علی العبره بها، إلا أنا نستدل بالسیره العقلائیه القائمه علی الإعتبار فی حال الوثوق والإطمینان، ولا رادع عن هذه السیره، والروایتان قد عرفت حملهما علی مورد خاص.

والحاصل: إن الاحتمالات مشترکه بین القول والکتابه، فحیث تنتفی عن الکتابه قبلت کالقول بلا فرق.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۷/۱. کتاب القضاء، الباب ۲۸.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۸/۱. کتاب القضاء، الباب ۲۸.

۳- ۳) سند روایه السکونی: الشیخ بإسناده عن سعد بن عبد اللّه عن أحمد عن أبیه عن ابن المغیره عن السکونی عن جعفر علیه السلام. . . قال المحقق الرشتی: سند روایه السکونی إلی السکونی علی ما أخبر به شیخنا دام ظله صحیح، والسکونی عامی إلا أن روایاته معمول بها عند الأصحاب، فلا شین فیها من حیث السند. قال فی الوسائل بعد روایه السکونی: « وعنه عن محمد بن عیسی عن محمد بن سنان عن طلحه بن زید عن جعفر. . .» وفی (محمد بن سنان) و (طلحه بن زید) بحث کما لا یخفی. وکیف کان، ففی الجواهر (۴۰: ۳۰۳) عن المختلف (۸: ۴۲۸) وصف الخبرین بالمشهورین المستفیضین. وسیأتی بعض الکلام حول (السکونی) و (طلحه بن زید) .

حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه:

قال المحقق قدّس سرّه: « وأما القول مشافهه، فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففى القضاء به تردّد، نص الشيخ فى الخلاف: أنه لا يقبل» (١).

أقول: المراد من « القضاء به» هو إنفاذ الحاكم الثانى إياه، ووجه التردّد هو: أن هذا خبر واحد عن الموضوع، وفى اعتباره بحث وخلاف، ولعلّ مذهب الأكثر هو العدم ولزوم قيام البينه، ولكن يشكل فيه من جهه أن خبر الواحد عن الموضوع المحوّل إلى المخبر والذى لايعلم إلا من قبله يعتمد عليه، فلو وكلّ أحداً فى طلاق زوجته فأخبره بإجراء الصيغه اعتمد على خبره، ولو أعطى الثوب المتنجس لأن يغسله فأخبره عن تطهيره إياه اعتمد عليه، ولو أخبر الأجير فى الصّلاه عن الميت عن أنه قد صلّى كان خبره حجه (٢). . . فالقضاء من هذا القبيل، فالأظهر هو القبول.

ص:۴۶۶

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ۹۶.

٢- ٢) واستدل له بأدلّه القضاء من جهه أنها كما تدل على نفوذ إلزامات القاضى، كذلك تدل على قبول إخباراته بالقضاء، فإنه عندما يخبر عن إلزامه، يترتب عليه استمرار ما كان منه من الفصل بين المتخاصمين، فيجب أن يقبل، للملازمه العرفيه بين نفوذ الإلزام ونفوذ الإخبار بالإلزام، فيكون الدليل على الثانى نفس الدليل على الأول. وبعباره اخرى: إن إخبار الحاكم الأول بالفصل بين المتخاصمين فى القضيه يعتبر فصلاً كذلك، فإما يستمر حكم الفصل الأول وذلك إن كان صادقاً فى إخباره، وإما يكون فصلاً جديداً من جهه أنه عند إخباره قد انقدح فى ضميره عدم خصومه بين المتخاصمين ولو بقاء، فكما أنه إذا رأى عدم الخصومه حدوثاً نفذ رأيه، كذلك إذا رأى عدمها بقاءاً، فيكون إخباره بعدم الفصل بمنزله إلزامه به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومه. ولكن الإشكال فى دلاله أدله القضاء على قبول اخبارات القاضى بالقضاء كما تدل على نفوذ الزاماته، وأن الملازمه العرفيه المذكوره فيها تأمل، فتأمل. .

حكم إنهاء الحكم بالشهاده:

قال المحقق قدّس سرّه « وأمّا الشهاده، فإن شهدت البينه بالحكم، وبإشهاده إيّاهما على حكمه تعيّن القبول» (١).

قال فی (الجواهر) : لعلّه لعموم ما دلّ على وجوب قبول حكمه الذی هو من حكمهم عليهم السلام، ولذا كان الرادّ عليه رادّاً عليهم، وما دلّ على حجيه البيّنه. ثم إن المحقق قدّس سرّه ذكر أن تكون الشهاده على الحكم وعلى الإشهاد معاً احتياطاً، وذلك، لأن الحاضر فی مجلس الحكم قد لا يلتفت إلى ما وقع مع خصوصياته، لكن عندما يشهد على الأمر يصغی إليه ويلتفت إلتفاتاً كاملاً، فتكون شهادته حينئذ أتم (٢).

وقد ذكر المحقق لما ذهب إليه من تعيّن قبول الشهاده وجوهاً أربعه:

فالأول ما ذكره بقوله: « لأن ذلك مما تمس الحاجه إليه، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فی البلاد المتباعده غالب، وتكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر، فلابدّ من وسيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، ولا وسيله إلا رفع الأحكام إلى الحكّام، وأتم ذلك احتياطاً ما حررناه.

لا يقال: يتوصّل إلى ذلك بالشهاده على شهود الأصل.

لأنّا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل والشهاده الثالثه لا تسمع» .

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ۹۶.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۶.

أقول: وأيضاً الشـهاده على الشهاده لا تسمع مع إمكان الشهاده على الأصل، ولذا قال بعضهم بأنه مع إمكان الشهاده على الأصل، يجوز الحكم طبق الشـهاده على الشهاده، كما يجوز على نفس الشهاده على الأصل، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها تسمع ولو مع إمكان الشهاده على الأصل.

وأيضاً: الشهاده على الشهاده لا تسمع فى الحدود، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها حجه فيها أيضاً.

ولا تقبل الشـهاده على الشـهاده إلا مرهً واحده، وأما إنفاذ الحكم فيسـتمر باسـتمرار الزمان، ففيما لا تكون الشـهاده على الشـهاده حجه لا محيص لرفع الحوائج وفصل الخصومات إلا بإنفاذ الحكم.

وإذ لا يشترط فى الشـهاده على حكم الحاكم عدم إمكان الشـهاده على الأصل، فإن للحاكم الثانى استماع الشهود فى القضيه من جديـد، ولـه أن يحكـم اسـتناداً إلى الشـهاده على حكم الأـول، كمـا أن له إجراء الحـدّ اسـتناداً إلى الشـهاده على الحكم، لعـدم اختصاصها بغير الحدود.

هذا توضيح ما قرّره صاحب (الجواهر) (۱)فى شرح عباره المحقق فى جواب لا يقال.

وصاحب (المسالك) قررّه بنحو آخر وهو: أن فى الشـهاده على الشـهاده قصوراً عن الشـهاده على الحكم، لأنها لا تسـمع إلا مرهً واحده، بخلاف الشـهاده على الحكم، فإنها تسـمع فى الثالثه. وتوضـيح ذلك: إن الشـهاده على الأصل هى المرتبه الاولى لإثبات المدعى، والمرتبه الثانيه هى الشهاده على الشهاده بعد تعذر

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۷.

الشـهاده على الأصل، وحجيتها، مخصوصه بتلك المرتبه، وأما الشهاده على الحكم التى هى فى المرتبه الثانيه عن شهاده الأصل، فلا تختص حجّيّتها بتلك المرتبه، بل الشهاده على الشهاده على الحكم حجه أيضا، وهى المرتبه الثالثه. إنتهى.

لكن هذا فى الحكم الأول المسـتند إلى الشـهاده على الأصل، وصاحب (المسالك) لم يتعرض للشهاده على حكم الحاكم الثانى المستند إلى الشهاده على الشهاده، والمستند إلى الشهاده على الحكم المستمر باستمرار الزمان، فظهر أن كلا التقريرين صحيح.

فالجواهر نبّه على الفرق بين الشـهاده على الحكم، والشـهاده على الشـهاده، والمسالك نبّه على قصور الشـهاده على الشـهاده عن الشهاده على الحكم بمرتبه، لكن الأول مشتمل على فوائد أكثر.

قال فى (الجواهر) : إن ما ذكره صاحب المسالك فرض نادر (١).

قلت: وليكن نادراً، فإن الشارع جعل طريقاً لفصل الخصومه فيه أيضاً من باب اللطف.

وظـاهر هـذا الـوجه هـو التعليـل لثبوت الحكم، وإذ ثبت ووصـل إلى الحـاكم الثـانى وجب القبول والإنفـاذ، لأـن ملاـك الثبوت والقبول هو ما ذكره من التعليل المذكور.

والوجه الثانى ما ذكره بقوله: « ولأنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد» .

أى: الحكم بالإنفاذ موقوف على أمرين: أحدهما: قبوله الحكم، والثانى:

١- ١) جواهر الكلام ۴۰: ۳۰۷.

كون الحكم واصلاً إليه بطريق مشروع، ولو لم يكن الوصول بالبينه مشروعاً لبطلت الحجج.

قال فى (المسالک) : لأن الحاكم يموت فيبطل حكمه (۱).

قلت: يعنى إن الحكم لا يبطل بالموت، لأنه ليس كالوكاله مثلاً، بل المراد أن الحكم يبقى بلا أثر، إذ لا طريق إلى إثباته مع عدم اعتبار البيّنه.

قال: فإن الشهود تصير طبقه ثانيه بعده، فإذا أنفذ حكمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحجه والانتفاع، وهلم جراً بالنسبه إلى الحاكم الثانى والثالث، فيستمر الانتفاع بالحجه.

أقول: يحتمل أن يكون مراده أن الشهاده على الإنفاذ يستمر أثرها، ويحتمل أن يكون المراد هو الشهاده على الشهاده، فيكون فى المره الثالثه بلا أثر. والظاهر هو الأول.

هذا، ولا نصّ فى مورد هذا الوجه، بل هو مقتضى عمومات أدلّه القضاء ونفوذ حكم الحاكم.

والوجه الثالث: ما ذكره بقوله: « ولأن المنع من ذلك يؤدى إلى استمرار الخصومه فى الواقعه الواحده، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر، فإن لم ينفذ الثانى ما حكم به الأول اتّصلت المنازعه» (۲).

أقول: إن الغرض من جعل الحاكم هو الفصل بين الخصومات، فلو لم ينفذ حكم الحاكم الأول من قبل الثانى لزم تفويت الغرض، ولكن تماميّه هذا الوجه

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۰.
۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۹.

تتوقف على ثبوت حكم الأول بطريق مشروع.

والوجه الرابع ما ذكره بقوله: « ولأن الغريمين لو تصادقا أن حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم به الأول، فكذا لو قامت البيّنه، لأنها تثبت ما لو أقرّ الغريم به لزم» (۱).

يعنى: إن إقرار المحكوم موجب لثبوت الحكم، وحينئذ يجب عليه ترتيب الأثر على الحكم، والبيّنه تثبت ما يثبته الإقرار.

أقول: إن الحاكم الثانى عندما يريد إنفاذ حكم الأول، لابدّ له من ثبوت الحكم عنده وثبوت وجوب الإنفاذ عليه.

وقد اشتملت هذه الوجوه الأربعه على دليل الأمرين معاً.

وقال صاحب (الجواهر) (۲)قدّس سرّه: إن هذه الأدلّه الأربعه يظهر من بعضها أنها مساقه بثلاث للإكتفاء بالشهاده فى إثبات حكم الحاكم، ومن آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حكم الحاكم الآخر بإنفاذ ما حكم به الأوّل، إلا أن الأولى الإستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجيّه البينه والقضاء بها، وفى الثانى إلى عموم حكم الحاكم، وأن الرادّ عليه رادّ علينا، وأن حكمه حكمهم، وما ندرى أن النزاع فى أى المقامين، لأن كلامهم مشوّش.

ويشكل عليه: بأن مقتضى الدليل عدم جواز الردّ، لا وجوب الإنفاذ.

وفيه: أن وجوب الإنفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل الخصومه.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۰۸.

دليل المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض وردّه:

قال المحقق قدّس سرّه: «لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض ولا العمل به، وروايه طلحه بن زيد والسكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام: إن علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض لا فى حدّ ولا غيره ، حتى وليت بنو أميه، فأجازوا بالبيّنات.

لأنا نجيب عن الأوّل: بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع، لأن المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته.

ونحن نقول: فلا عبره عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً، وإلى جواز ما ذكرنا أومأ الشيخ أبو جعفر رحمه اللّه فى الخلاف (۱).

ونجيب عن الروايه: بالطعن فى سندها، فإن طلحه بترى والسكونى عامّى، ومع تسليمها نقول بموجبها، فإنّا لا نعمل بالكتاب أصلاً، ولو شهد به فكأن الكتاب ملغى» (۲).

أقول: هذا جواب المحقق عمّا يمكن الاستدلال به لمنع العمل بكتاب قاض إلى قاض.

فالأول: الإجماع، وقد أجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع، وتوضيح الجواب هو: إن الإجماع إن كان، فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض آخر، لا عدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهاده العدلين مثلاً، لا سيما مع إشهاد

۱- ۱) كتاب الخلاف ۶: ۲۲۵، المسأله ۲۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۷.

الحاكم إيّاهما حين إصداره الحكم.

وبالجمله، فإن معقده هو المنع من العمل بالكتاب من حيث أنّه كتاب، وأمّا مع ثبوت الحكم عند الثانی فلا ريب فی وجوب إنفاذه.

والثانی: الروايتان. وقد أجاب عنهما بالطعن فی السند، قال: فإن طلحه بتری والسكونی عامی (۱).

قال: ومع تسليمها من حيث السند نقول بموجبها، فإنا لا نعمل بالكتاب أصلاً ولو شهدا به، فكان الكتاب ملغی، بل عملنا هو بالحكم الذی قامت عليه البينه.

ومما يمكن الاستدلال به للمنع هو: إن حكم الحاكم الثانی خروج عن قانون القضاء، لأن أدله القضاء جعلت الميزان الشرعی المقرّر له فی البينه واليمين، فإذا

۱- ۱) أما طلحه بن زيد ففی (تنقيح المقال ۲ / ۱۰۹) عدّه الشيخ رحمه اللّه تاره من أصحاب الباقر عليه السلام قائلًا: « طلحه بن زيد بتری» . وقال فی (الفهرست ۱۴۹ / ۳۷۲) « طلحه بن زيد له كتاب، وهو عامی المذهب إلا أن كتابه معتمد. . .» قال جدّنا رحمه اللّه « قد تفرد الشيخ رحمه اللّه بقوله: إن كتابه معتمد، ولم أقف علی من نطق به غيره، وذلك لا ينفع إلا فيما علم انه من كتابه، لأن النتيجه تتبع أخس المقدمات. ونقل المولی الوحيد رحمه اللّه عن خاله - يعنی المجلسی الثانی - الحكم بكونه كالموثق. قال: ولعلّه لقول الشيخ رحمه اللّه كتابه معتمد، ويروی عنه صفوان بن يحيی» . وأما السكونی - وهو إسماعيل بن أبی زياد - فموجز ما ذكر بترجمته (تنقيح المقال ۱ / ۱۲۷) أن الشيخ والنجاشی لم يتعرضا إلی مذهبه. لكن العلامه نصّ علی كونه عامياً، بل نفی ابن إدريس الخلاف فی ذلك، ونوقش بعدم وجود عاميته فی كتب الرجال، وما ادعاه ابن إدريس لا دليل عليه، وأنه لا يبعد كونه فی تقيه شديده لاشتهاره بين العامه، وكونه من قضاتهم، لا سيما وأنه مذموم عندهم كما لا يخفی علی من راجع كتبهم الرجاليه. هذا بالنسبه إلی مذهبه. وأما بالنسبه إلی رواياته، فعن الشيخ دعوی إجماع الشيعه علی العمل برواياته وأنه ثقه، ونقل عن المحقق توثيقه، وهو من رجال كامل الزيارات، لكن عن ابن بابويه: لا أفتی بما ينفرد السكونی بروايته، وللمتأخرين حول الرجل كلمات وآراء فراجعها.

حکم هذا الحاکم کان حکمه لا عن طریق البینه والیمین.

والجواب عنه: إن المراد من حکم الثانی لیس إنشاء الحکم بأصل الدعوی، کالحکم بملکیه زید للدار أو زوجیه هند له، بل الغرض حکمه بوجوب اتباع حکم الحاکم الأول، وهذا فی الحقیقه إقرار وإثبات لحکم الأول وإنفاذ له، والظاهر اتفاق الأصحاب علی وجوب إنفاذ حکم الفقیه الجامع لشرائط الفتوی علی الفقهاء الآخرین.

لا یعتبر الإشهاد فی هذه الشهاده:

ثم هل یعتبر فی هذه الشهاده أن تکون مع إشهاد الحاکم للشاهدین علی حکمه مطلقاً، أو مع حضورهما مجلس الحکم وسماعهما لفظ الحاکم؟

الظاهر: عدم اعتبار شیء من ذلک، فإن مقتضی إطلاق أدلّه حجّیه البیّنه سماع هذه الشهاده، ولا یعتبر فی قبولها الإشهاد، ولا حضور المجلس مطلقاً.

علی أنا لا نجد فرقاً بین هذه الشهاده وغیرها، ودعوی عدم الخلاف فی اعتبار الإشهاد فی هذا المقام کما عن صاحب (الریاض) (۱)قدّس سرّه کما تری، نعم، ینبغی قیام الحاکم بالإشهاد احتیاطاً کما ذکر المحقق قدّس سرّه.

قصر العمل بالکتاب علی حقوق الناس:

قال المحقق: « إذا عرفت هذا، فالعمل بذلک مقصور علی حقوق الناس دون

ص:۴۷۴

۱- ۱) ریاض المسائل ۱۵: ۱۳۶.

الحدود وغيرها من حقوق اللّه» (۱).

أقول: وعلى هـذا، فلو أراد الحاكم الثانی الحکم بالحدّ توقّف علی ثبوت موجبه عنده، بحسب الموازين الشـرعيه المقرره للثبوت بالنسبه إلی کلّ موجب للحدّ، ولا يکفی ثبوته عند الحاکم الأول لأن يحکم به، نعم له إجراء الحدّ بعنوان تنفيذ حکم الأوّل، فإن للحاکم الأول إجراء الحدّ بنفسه أو يأمر غيره به مجتهداً کان المأمور أو مقلداً.

ودليل هذا القصر هو الإجماع، وقوله عليه السلام: « الحدود تدرأ بالشبهات» .

وقد أشکل علی الاستدلال بالخبر المذکور بأنه لا شبهه مع قيام البينه المعتبره، فلا يدرء الحد.

ويمکن دفعه: بأن البينه قامت عنـد الحاکم الأول، وقيامها تقتضـی إلغاءه الشک والشـبهه، وأما الحاکم الثانی فلم تقم عنده البينه، فالشبهه باقيه بالنسبه إليه، فليس له الحکم.

ما ينهی إلی الحاکم:

قـال المحقق قـدّس سـرّه: « وما ينهی إلی الحاکم أمران: أحـدهما: حکم وقع بين المتخاصـمين. والثانی: إثبات دعوی مـدع علی غائب.

أما الأول: فإن حضـر شاهدا الإنهاء خصومه الخصـمين وسـمعا ما حکم به الحاکم وأشهدهما علی حکمه، ثم شهدا بالحکم عند الآخر، ثبت بشهادتهما حکم

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۷.

ذلك الحاكم وأنفذ ما ثبت عنده، لا أنه يحكم بصحه الحكم فى نفس الأمر، إذ لا علم له بذلك، بل الفائده فيه قطع خصومه الخصمين لو عاودا المنازعه فى تلك الواقعه.

وإن لم يحضرا الخصومه، فحكى لهما الواقعه وصوره الحكم، سمّى المتحاكمين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما وأشهدهما على الحكم، ففيه تردد، والقبول أولى، لأن حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً» (١).

أقول: إن الذى ينهيه الحاكم الأول بالكتاب إلى الحاكم الثانى أمران:

أحدهما: الحكم الذى حكم به بين المتخاصمين، فإن حضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم وسمعا ما حكم به الحاكم فى الواقعه، بل وأشهدهما على حكمه، ثم جاءا فشهدا بحكم الحاكم الأول عند الثانى، فإنه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم، وعلى الثانى إنفاذه وفصل الخصومه المتجدده بين الخصمين فى نفس تلك الواقعه، وليس له الحكم بصحّه حكم الأول فى الواقع، لأنه لا علم له بذلك، وقد نهى الشارع عن القول بلا علم.

وإن لم يحضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم، بل حكى الحاكم الأول لهما الواقعه، شارحاً صورهالنزاع وحضور المتنازعين عنده وصوره حكمه، وذكر المتحاكمين بأسمائهما وأسماء آبائهما وصفاتهما المشخصه، وأشهد الشاهدين على حكمه، ففى ثبوت الحكم بشهادتهما عند الحاكم الثانى تردّد عند المحقق قدّس سرّه، لكن قال « والقبول أولى» قال فى (الجواهر) : « وفاقاً للأكثر، بل لم أجد فيه خلافاً، سوى ما يحكى عن الشيخ فى الخلاف، بل قيل: إن ظاهره دعوى الاجماع

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٩٧ - ٩٨.

علیه، إلا أنی لم أجد من وافقه علیه سوی بعض متأخری المتأخرین، بناء منهم علی أن الأصل یقتضی عدم جواز الإنفاذ فی غیر صوره القطع، لأنه قول بغیر علم، خرج ما خرج وبقی ما بقی» (۱).

وقد رجّح المحقق هنا القبول بعد التردد (۲)- بخلاف مسأله الإنهاء بالقول مشافهه حیث تردد فیها بلا ترجیح، حیث قال: «وأما القول مشافهه فهو أن یقول للآخر: حکمت بکذا أو أنفذت أو أمضیت، ففی القضاء به تردد، نصّ الشیخ فی الخلاف أنه لا یقبل» وهو کذلک، لما ذکرنا سابقاً من حجیه قوله فیما هو مرجوع إلیه ومحوّل علیه ولا یعرف إلا من قبله، فإذا أخبر بأنی قد حکمت بکذا وأشهد الشاهدین علی ذلک، کان إخباره حجه کما لو سمعا بأنفسهما الحکم منه، وکما یلغی احتمال عدم قصده للحکم بالنسبه إلی الإنشاء المسموع منه، فکذلک یلغی احتمال الخلاف بالنسبه إلی إخباره عن ثبوت حکمه، وبذلک ینقطع الأصل الذی تمسّک به المانعون.

قال المحقق: «وأما الثانی - وهو إثبات دعوی المدّعی - فإن حضر الشاهدان الدعوی وإقامه الشهاده والحکم بما شهدا به، وأشهدهما علی نفسه بالحکم وشهدا بذلک عند الآخر، قبلها وأنفذ الحکم، ولو لم یحضرا الواقعه وأشهدهما بما صورته: إن فلان ابن فلان الفلانی، ادّعی علی فلان ابن فلان الفلانی کذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان، ویذکر عدالتهما أو تزکیتهما، فحکمت أو أمضیت، ففی الحکم به تردّد، مع أن القبول أرجح، خصوصاً مع إحضار الکتاب المتضمن للدعوی وشهاده

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۱۴.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۶.

الشهود» (۱).

أقول: هذا هو الأمر الثانی، وهو أیضاً علی قسمین:

فالأول: أن یحضر الشاهدان مجلس الحکم علی الغائب ویشهدهما الحاکم علیه، فإذا شهدا بذلک عند الحاکم الثانی ثبت الحکم، وکان علی الثانی إنفاذه.

والثانی: أن لا یحضر الشاهدان الدعوی بل یخبرهما الحاکم الأول بها وبحکمه فی الواقعه، مع ذکر اسم المدّعی والمدّعی علیه وتعریفهما، کأن یخبرهما ویشهدهما بما صورته: إن فلان بن فلان الفلانی ادّعی علی فلان ابن فلان الفلانی کذا، وشهد له بدعواه شاهدان عادلان وهما فلان وفلان، فحکمت وأمضیت، فهل یقبل الحاکم الثانی هذه الشهاده ویحکم بذلک؟ تردّد فیه المحقق، ثم رجّح القبول علی نحو ما عرفته فی المسأله السابقه، خصوصاً مع إحضار الکتاب المتضمّن للدعوی وشهاده الشهود، لکن لما کان الغائب علی حجّته إذا قدم، فإنه ینبغی ضبط أسماء الشهود لیتمکن من الجرح ونحوه، وکذا غیر ذلک مما له مدخلیه فی بقاء الخصم الغائب علی حجّته.

هذا کلّه فی الحکم.

حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:

قال المحقق قدّس سرّه: « أما لو أخبر حاکماً آخر بأنه ثبت عنده کذا، لم یحکم به الثانی، ولیس کذلک لو قال « حکمت» فإن فیه تردّداً» (۲).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۸.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۸.

أقول: وأما لو أخبر الحاكم الأول الثانی بثبوت الدعوی عنده، أو قال بعد سماع الدعوی وشهاده الشاهدین « ثبت عندی کذا» فلا یجوز للثانی أن یحکم به أو یقول « ثبت عندی کذا» ، لعدم الثبوت عنده، ولا أن یقول: « أنفذت حکمه» لأن الثبوت لیس حکماً کی یندرج فی أدلّه الإنفاذ.

وبالجمله، فإن موضوع وجوب الإنفاذ هو « الحکم» لا « الثبوت» .

قال علیه السلام: « فإذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فإنما استخفّ بحکم اللّه وعلینا ردّ، والرادّ علینا الراد علی اللّه، وهو علی حدّ الشرک باللّه» (۱).

أللهم إلا إذا حصل الإطمینان بثبوت الأمر عند الحاکم أو الحّکام الآخرین وسائر الناس، ولذا کان عید الفطر یثبت فی أیام شیخنا الاستاذ (۲)بقوله: « ثبت عندی» . وکان رحمه اللّه لا یحکم، لأنه لم یکن یری - تبعاً لبعض مشایخه - ولایه للحاکم فی مثل ذلک.

ثم إنه قد ذهب بعض الأصحاب - علی ما حکاه فی (المسالک) (۳)- إلی اختصاص الحکم بما إذا کان بین الحاکمین وساطه وهم الشهود علی حکم الأول، فلو کان الحاکمان مجتمعین وأشهد أحدهما الآخر علی ذلک لم یصح إنفاذه، لأن هذا لیس من محل الضروره المسوّغه للإنفاذ المخالف للأصل.

وأجاب عنه فی (الجواهر) (۴)بأن ذلک لیس قولاً لأحد من أصحابنا، ولم نعرف أحداً حکاه غیره، وبأن الضروره المذکوره فی الدلیل إنما هی حکمه أصل

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳۶/۱. أبواب صفات القاضی، الباب ۱۱.

۲- ۲) آیه اللّه العظمی الشیخ عبد الکریم الیزدی قدّس سرّه مؤسّس الحوزه العلمیه.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۵.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۰: ۳۱۶.

المشروعیه للإنفاذ، لا أنها علّه یدور الحکم مدارها وجوداً وعدماً، وبأن الضروره قد تتحقق فیه لقطع الخصومه مع عدم الکون فی البلاد المتباعده من الحاکم الأول.

حقیقه الإنفاذ

هذا، ولیس « الإنفاذ» إرشاداً إلی العمل بحکم الحاکم الأول فقط، کما هو الشأن فی عمل نقله فتاوی الفقهاء وإرشادهم العوام إلی العمل بفتاوی مقلّدیهم، بل إن المراد من الإنفاذ حکم الثانی بوجوب إطاعه حکم الأول ولزوم تطبیقه حتی ینقطع النزاع، بغض النظر عن صحته وسقمه، فله أن یقول: یجب امتثال الحکم بکون المال لزید وإن کنت لا أعلم بصحه هذا الحکم. هذا ما تفیده ظواهر کلمات القوم، والدلیل علیه قوله علیه السلام: « فإذا حکم. . .» .

ولیس من باب الأمر بالمعروف والنهی عن المنکر، ولذا یکون فاصلاً للخصومه، ولو کان من ذلک الباب لما کان کذلک.

لکن یمکن أن یقال: بأن للحاکم الثانی أن یجعل حکم الأول حجّه فی الحکم کما یحکم استناداً إلی البیّنه مثلاً، فله أن یحکم فی أصل القضیه حکماً من عنده استناداً إلی نظر الأول فی الواقعه وحکمه فیها، ولا ینافیه ظاهر الحصر فی قوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم. « إنما أقضی بینکم بالبیّنات والأیمان» (۱)، لجواز حمله علی الحصر الإضافی، وقد أجاز ذلک المحقق النراقی (۲)، ومنعه المشهور

ص:۴۸۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲.

۲- ۲) مستند الشیعه ۱۷: ۱۰۲.

مستدّلين بأن هذا الحكم قول بغير علم، إذ المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلاً، وبأن المفروض جهله بملاك حكم الأول، فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه، وعلى هذا فليس له الحكم به، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع.

واستدل النراقى بأن حكم الحاكم الأول حكم اللّه فى الواقعه، لأدلّه حجيه حكم الحاكم، فهو حجّه، وحينئذ، فكما يجوز للحاكم الثانى الإستناد إلى البيّنه واليمين ونحوهما من الحجج، كذلك له أن يستند إلى هذه الحجّه، فيحكم على طبق حكم الأول حكماً مستقلّاً، كما له أن ينفذه.

والأقوى ما ذهب إليه، إلا أن يكون إجماع على خلافه، لكن الأحوط فى المقام هو إنفاذ حكم الأول وعدم الحكم بنفسه فى الواقعه.

صوره الإنهاء:

قال المحقق قدّس سرّه: «وصوره الإنهاء: أن يقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعه، وما سمعاه من لفظ الحاكم، ويقولا: وأشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك وأمضاه، ولو أحالا على الكتاب بعد قراءته وقالا: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك، جاز» (۱).

أقول: أى إن تحقق الإنهاء يكون بشرح الشاهدين كلّ ما شاهداه من الواقعه فى مجلس الحكم، من حضور المتخاصمين ودعوى المدّعى وإنكار المدّعى عليه ثم إقامه الأول البيّنه على دعواه، ثم بحكايه لفظ الحكم الذى أصدره الحاكم والتصريح بإشهاده إيّاهما على حكمه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۸.

ویقوم مقام هذا کلّه إحالتهما الحاکم الثانی علی الکتاب الذی کتبه الحاکم الأول بالواقعه بعد قراءته وأن یقولا: أشهدنا الحاکم أنه حکم بذلک.

قال المحقق: « ولابدّ من ضبط الشیء المشهود به بما یرفع الجهاله عنه، ولو أشتبه علی الثانی أوقف الحکم حتی یوضّحه المدّعی» (۱).

أقول: هذا من شرائط الإنهاء بالشهاده، فلابدّ من أن یکون الأمر الذی یشهدان به مضبوطاً من الشاهدین معیناً بجمیع جهاته وشئونه بحیث ترتفع الجهاله عنه، فلو کان مورد الدعوی غصب مال مثلاً ـ وأرادا الشهاده بذلک، لزم أن یکونا عالمین بخصوصیات الواقعه، من زمان الغصب ومکانه وغیر ذلک بحیث ترتفع الجهاله، وإلا لم یسمع الثانی شهادتهما، بل یجب علیه إیقاف الحکم إلی أن یتضح الأمر و یرتفع الإشتباه.

ولا خصوصیّه لتوضیح المدّعی – وإن قال المحقق: « حتی یوضّحه المدّعی» (۲)- بل یکفی وضوحه من أینما کان، نعم، بما أن المدّعی هو الذی یدّعی شیئاً ویطلب من الحاکم النظر فی دعواه، فهو المخاطب بإثبات ما یدّعیه بطریق شرعی، کشهاده غیر الأولین علی تفصیله أو تذکرهما أو نحو ذلک.

وهل یعتبر فی الإنهاء کونه إلی قاض معین أو یکفی توجّه الکتاب إلی مطلق القضاه؟ حکی الأول عن بعض العامه، وفیه: إنه لا وجه لهذا التقیید، بل إن البینه حجه وإن لم یکن معها کتاب مطلقاً، فلا یختص الإنفاذ بالمکتوب إلیه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۹۹.

حكم ما لو تغيّر حال الحاكم الأول:

قال المحقق: ولو تغيّر حال الأول بموت أو عزل، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه، وإن تغير بفسق لم يعمل بحكمه، ويقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه (١).

أقول: لا ريب في نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط والصفات المذكوره في أول كتاب القضاء، ويعتبر كونه على تلك الصفات في حين إصداره الحكم، فلو تغيّر حال الحاكم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمى - بناءاً على اشتراط البصر - أو غير ذلك، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه ووجوب إنفاذه على الحاكم الثاني، وقد استثنى المحقق تبعاً للمشهور من ذلك الإسلام والعداله، وأنه يشترط بقاؤه على ذلك بعد الحكم كذلك، فلو تغير حاله بكفر أو فسق لم يعمل بحكمه - وليس الأمر كذلك في سائر الامور المشروطه بالعداله، كإمامه الجماعه والشهاده بالطلاق ونحوهما - وكذا لو تغيّر حاله بعد الحكم وقبل العمل.

أما إذا تغيّر حاله بعد العمل بحكمه، فلا ريب في عدم بطلان الحكم بذلك.

وهذا الذي ذكره جار في مورد فتوى المجتهد أيضاً، فلو أفتى بفتوى فمات، لم يقدح ذلك في العمل بفتواه، نعم في (الجواهر) : « الظاهر الإجماع على عدم جواز العمل ابتداءاً بفتاوى الأموات» (٢)وأما إذا كان قد قلّده ثم مات المجتهد، فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده.

وهذا بخلاف ما إذا تغيّر حاله بفسق أو جنون، نعم، العمل الذي أتى به على

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٩٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ٣٢٠.

طبق فتواه قبل التغير صحيح بلا كلام، ویقرّ ما وقع بحسب فتواه من بیع أو نکاح أو ما شابه ذلک علی ما کان علیه.

وقد استدلّ لما ذکره المحقق قدّس سرّه بأمرین:

أحدهما: إن ظهور الفسق یشعر بالخبث الباطنی وقیام الفسق یوم الحکم.

والثانی: إنه یصح أن یقال بعد فسقه بأنه حکم فاسق فعلًا، فلا یجوز العمل به وإنفاذه.

لکن کلا الأمرین واضح الضعف، ولا یقاومان إطلاقات الأدلّه، ومن هنا ذهب جماعه کالأردبیلی (۱)والنراقی (۲)إلی عدم الفرق بین الفسق والموت، أخذاً بإطلاقات أدله حجّیه حکم الحاکم، إلا أن ذهاب المشهور إلی ما ذکره المحقق، بل دعوی بعضهم عدم الخلاف فیه، یمنعنا من الجزم بعدم الفرق.

وربما یؤید المشهور بما ذهب إلیه بعض الأصحاب من الفرق بین الفسق وغیره من الموانع فی بعض الموارد.

فمن ذلک: ما لو تغیّر حال الشاهدین بعد أداء الشهاده وقبل الحکم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلًا، لم یقدح ذلک فی قبول الشهاده وترتّب الأثر علیها، بخلاف ما لو تغیّر بفسق فلا تعتبر.

ومن ذلک أیضاً: ما لو تغیر حال شاهدی الأصل قبل الحکم بشهاده شاهدی الفرع، فإنه یمنع عن الحکم إن کان التغیر بفسق، ولا یمنع إن کان بغیره.

ویؤیده أیضا: جواز البقاء علی تقلید المجتهد المیت دون الفاسق.

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۲۱۶.

۲- ۲) مستند الشیعه ۱۷: ۱۰۲.

ولو وصلت النوبه إلى الأصل، فالأصل هو عدم جواز العمل والإنفاذ.

هذا كلّه بالنسبه إلى تغيّر حال الحاكم الأول الكاتب للكتاب.

لا أثر لتغير حال المكتوب إليه

قال المحقق: « ولا أثر لتغيّر حال المكتوب إليه فى الكتاب، بل كلّ من قامت عنده البينه بأن الأول حكم به وأشهدهم على ذلك عمل بها، إذ اللازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكّام» (١).

أقول: إن أنفذ الحاكم الثانى الحكم ثم تغيّر حاله بموت أو جنون أو غيرهما، لم يقدح ذلك فى إنفاذه، وإن تغيّر بفسق لم يعمل بحكمه بالإنفاذ، على المشهور، ومن المعلوم أن ذلك لا يقدح فى حكم الحاكم الأول، بل كلّ من قامت عنده البينه من الحكّام بأن الحاكم الأول قد حكم به وأشهدهم على ذلك، عمل بها، لعموم دليل حجيتها، إذ اللازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكّام، لأن حكمه حكم الأئمه عليهم السلام.

وهكذا يجب على الناس العمل بذلك الحكم، وإن كان المخاطب بالكتاب حاكماً معيّناً بمفرده.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٩٩.

مسائل ثلاث

المسأله الاولی: (حکم ما لو أقر المحکوم علیه أو أنکر)

قال المحقق: « إذا أقرّ المحکوم علیه وأنه هو المشهود علیه أُلزم، ولو أنکر وکانت الشهاده بوصف یحتمل الإتفاق غالباً، فالقول قوله مع یمینه ما لم یقم المدّعی بینه، وإن کان الوصف ممّا یتعذّر اتفاقه إلا نادراً لم یلتفت إلی إنکاره، لأنه خلاف الظاهر» (۱).

أقول: لما قامت الشهاده، فإما یقرّ المحکوم علیه وأنه هو المشهود علیه، فیلزمه الحاکم بأداء ما علیه بلا إشکال، وبلا خلاف کما فی (الجواهر) (۲).

وإما ینکر، وحینئذ، فإن کانت الشهاده بوصف یحتمل الاتفاق علیه وعلی غیره - کما لو جاء فی الشهاده علی الحکم بأن محمد بن أحمد مدین لفلان کذا، فإنه یحتمل الإتفاق علی هذا الشخص وعلی غیره بکثره - سمع قوله مع یمینه، إلا إذا أقام المدّعی بیّنه علی أن هذا هو المقصود.

وعن بعضهم: بطلان أصل الحکم علی عنوان مشترک، کما فی المثال المذکور.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۲۲.

وإن كانت الشهاده بوصف يتعذر اتفاقه إلا نادراً – كما إذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفه الكذائيه والمهنه الفلانيه – لم يلتفت إلى إنكاره الحكم عليه، بلاخلاف بين من تعرّض لذلك كما فى (الجواهر) ، وذلك لأنه خلاف الظاهر.

هـذا، وفى المسأله تفصـيل، لأنه إذا أنكر كونه المحكوم عليه، فتاره: يدّعى المدّعى كونه هو على التعيين، وحينئذ، ليس للحاكم الثانى إنفاذ حكم الأول فى حق هذا الشخص، بل تجرى أحكام المدعى والمنكر. وأخرى: يتردّد المدّعى بين هذا وشخص آخر يشترك معه فى الاـسم والوصف، فـإن كـان هـذا التردّد من المـدّعى من أول الأـمر، كـان المورد من فروع مسأله الـدعوى على المردد، كـدعوى وليّ المقتول بـأن أحـد هـذين قاتل أبى، وفى صـحه هـذه الـدعوى بحث وخلاف، وبناء على صـحّتها، يطالب المدّعى بالبينه، ومع عدمها يحلف الرجلان إن كانا حاضرين أو الحاضر منهما، ومع الامتناع تردّ اليمين على المدعى.

ولو شـهد الشاهـدان على معين، وحكم الحاكم عليه بأداء الحق ثم اشـتبه، فلا ريب فى صـحه الحكم، فإن وقع الإشـتباه من عـدم ذكر الحاكم الأول للأوصاف والمشخصات بالتفصيل، جاء ما ذكره المحقق من أنه إن كانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق. . . بخلاف ما لو كان الوصف مما يتعـذّر اتّفاقه إلا نادراً وقـد ذكره الحاكم الأول بالتفصـيل، فإنه لا يلتفت إلى إنكاره، لأنه خلاف الظاهر، وإن كان سماع دعواه انطباق الاسم والوصف فعلاً على غيره غير بعيد.

قـال المحقق: « ولو ادّعى أن فى البلـد مساويـاً له فى الاـسم والنسب، كلّف إبـانته فى إثبـاته، فـإن كـان المسـاوى حيّاً سـئل، فإن اعترف أنه الغريم اُلزم واُطلق الأول، وإن أنكر وقف الحكم حتى يتبيّن» (۱).

۱– ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹.

أقول: وقوف الحكم بمجّرد دعوى أن المحكوم عليه شخص آخر غيره - مع إنكار ذلك الشخص - فى غايه الإشكال، أللهم إلا أن يقال بأن الـدعوى كانت على كلّى المسـمّى بهـذا الاسم وقـد صـدر الحكم عليه كذلك، ثم اشـتبه المصداق الحقيقى بغيره، لكن صحّه الدّعوى على الكلّى المردّد محلّ خلاف. هذا كلّه مع كونه حيّاً.

قـال المحقق: « وإن كـان المسـاوى ميتّـياً وهناك دلاله تشـهد بالبراءه، إمّا لأن الغريم لم يعاصـر، وإما لأن تاريـخ الحق متأخر عن موته، اُلزم الأول وإن احتمل وقف الحكم حتى يتبيّن» (1).

أقول: وهذا أيضاً مشكل، بعد كون المدّعى قد خصّ هذا الشخص فى الدعوى، وأُقيمت عليه الشهاده وصدر الحكم.

وقـد فصّـل بعضـهم بين مـا إذا ذكر الاـسم والوصف، وكان الوصف محتملاً للاتفاق فيه مع غيره من أول الأمر، وبين ما إذا كان متعذراً اتّفاقه من أول الأمر ثم اتفق بعد ذلك، فحكم بالبطلان فى الأول دون الثانى.

ص:۴۸۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹.

المسأله الثانیه: (حکم امتناع المشهود علیه من التسلیم حتی یشهد القابض)

قال المحقق: « للمشهود علیه أن یمتنع من التسلیم حتی یشهد القابض، ولو لم یکن علیه بالحق شاهد قیل: لا یلزم الإشهاد، ولو قیل: یلزم کان حسناً. . .» (۱).

أقول: هذا لئلّا یطالبه ذو الحق به مرّه أخری، والدلیل علی هذا الحکم: قاعده لا ضرر ولا ضرار، هذا إذا کان مع صاحب الحق ما یثبت حقّه، وأما مع عدمه وعلم المحکوم علیه بالحق فیما بینه وبین اللّه، فلا کلام فی وجوب أداء الحق بالمطالبه، إذ لیس مع ذی الحق ما یخاف مراجعته به مره أخری، ولو قیل: یلزم الإشهاد کان حسناً، حسماً لمادّه المنازعه أو کراههً لتوجّه الیمین.

هذا، ولکن فی الحکم بجواز الامتناع من التسلیم إلا مع الإشهاد نظر، لأن أداء حق الناس واجب، والمماطله غیر جایزه، غایه الأمر، إنه لو حدث نزاع بعد ذلک، ترافعا إلی الحاکم وارتفع بالموازین الشرعیه، فمجرد احتمال حدوث النزاع مره أخری لا یجوّز تأخیر أداء حق الناس، ففیما ذکروه تردّد، واللّه العالم.

ص:۴۸۹

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۹۹ - ۱۰۰.

المسأله الثالثه: (عدم وجوب دفع الحجه على المدعى)

قال المحقق: « لا يجب على المدعى دفع الحجه مع الوفاء. . . وكذا القول فى البائع. . .» (۱).

أقول: دليل عـدم الوجوب: كون الحجه ملكاً له، وقـد قال رسول اللّه صـلّى اللّه عليه وآله وسـلّم: « الناس مسلّطون على أموالهم» (۲)ولأنها حجه له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحقاً.

ص:۴۹۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۰.

۲- ۲) عوالى اللئالى ۱: ۲۲۲/۹۹. وعنه بحار الأنوار ۲: ۲۷۲/۷.

الکلام فی: بعض أحکام القسمه

اشاره

« القسـمه» معامله مسـتقله لها أحکامها الخاصّه، وقد تعرّض الأصحاب قدّست أسرارهم لها فی کتاب الشرکه، وذکروا بعضها فی کتـاب القضـاء من جهه اسـتحباب أن یکون للحـاکم قـاسم یقسم الأـموال المشـترکه بین الشـرکاء، لتوقف فصـل الخصومه علی القسمه فی کثیر من الأحیان.

مشروعیّه القسمه:

ومشـروعیه القسـمه بأن تکون معامله کالمعاملات الاخری ثابته بالکتاب والسنّه، ففی القرآن الکریم: «Bوَ إِذا حَضَرَ اَلْقِسْمَهَ أُولُوا اَلْقُرْبی وَ اَلْیَتامی وَ اَلْمَساکِینُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ» (۱)إذ المستفاد من هذه الآیه المبارکه إمکان تمییز السهام بعضها عن بعض بالقسمه، من دون حـاجه إلی أن یـبیع بعض الشـرکاء سـهمه من بعض لتحقق الفرز وتعیین الحصـص فی المـال، فالآـیه ظـاهره فی تشـریع القسمه، لأن تکون طریقاً للوصول إلی هذا الغرض وإلا قال - مثلًا -: وإذا حضر البیع أو الصلح. . .

وذکروا أیضاً قوله عز وجل: «Bوَ نَبِّئْهُمْ أَنَّ اَلْماءَ قِسْمَهٌ بَیْنَهُمْ» (۲)ولکن فی دلالتها علی تشـریع القسـمه نظر، لأن الماء کان لهم خاصه ولم یکن مشترکاً، وقد

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۸.

۲- ۲) سوره القمر ۵۴: ۲۸.

أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للناقه.

ومن السنّه: ما روى من أن « عبد اللّه بن يحيى» كان قسّاماً لأمير المؤمنين (۱)وقد قسّم رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم خيبر على ثمانيه عشر سهماً (۲)، وقال صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « الشفعه فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه» (۳). قال فى (الجواهر) : « وغير ذلك من النصوص، وإجماعاً بقسميه، بل ضروره» (۴).

ثم إن القسمه تاره: تكون بإفراز الحصص بعضها عن بعض، واخرى: تكون قسمه مهاياه، بمعنى تقسيم الإنتفاع من الشيء المشترك بحسب الأزمنه، كالدابّه المشتركه بين اثنين يستعملها هذا يوماً وذاك يوماً.

حقيقه القسمه:

ثم، إنه تاره يختلط مال اثنين بعضه ببعض، كأن يختلط شياه هذا بشياه ذاك فهنا قولان:

أحدهما: إنهما يشتركان فى المجموع بنحو الإشاعه، كما هو الحال فيما إذا ورث الأخوان هذا المجموع معاً. والثانى: إن كلّاً منهما يملك حقّه ومملوكه الواقعى فقط، وإذ لا طريق إلى التمييز فلابدّ من التراضى بينهما بالتقسيم، بأن تنتقل عين مال كلّ واحد إلى الآخر فى مقابل عين ماله، فيكون فى الواقع تبديلاً.

۱- ۱) سنذكر ترجمه هذا الرجل قريباً.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الاماميّه ۸: ۱۳۳.

۳- ۳) سنن البيهقى ۶: ۱۰۲.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۰: ۳۲۶.

وتاره أخرى: يكون الإختلاط بين المالين موجباً لاشتراكهما بالإشاعه عند العرف، كأن تختلط حنطه هذا بحنطه ذاك، فلا يصدق حينئذ التبديل، بل يقال هنا بالتميز والإفراز والتعيين، والمراد جعل المال الذى يشترك الاثنان فى تملّكه مفرزاً إلى ملكين يختص كلّ واحد منهما بواحد.

قال المحقق قدّس سرّه فى كتاب الشركه: وهى تمييز الحق من غيره (۱)، وكذا قال فى (المسالك) (۲)و (الجواهر) (۳)بل نسب إلى المعروف بين الأصحاب، وعليه السيد صاحب (الوسيله) (۴)والأولى التعبير بالتعيين وفاقاً للسيد صاحب (العروه) حيث قال: والأولى التعبير بالتعيين، لأن الظاهر من التميز أن يكون له واقع معيّن وليس كذلك (۵)(۶).

نعم، فى مثال الشياه على الوجه الثانى يصح التعبير بالتميز.

فالأولى التعبير هنا بالتعيين، لعدم تعين حق كلّ من الشريكين خارجاً، إذ المفروض أنهما يشتركان فى كلّ جزء جزء من المال حتى يصل إلى الجزء الذى لا يتجزء فيقسم هناك تقسيماً عقلياً، فالمراد من القسمه تعيين مصداق الكلّى.

وأما احتمال أن تكون القسمه تعيين ما يملكه كلّ واحد من الشريكين خارجاً، بمعنى أن كلّ مال من الأموال المملوكه هو ملك لكليهما، فيكون أحدهما

۱- ۱) شرائع الإسلام ۲: ۱۳۲.
۲- ۲) مسالک الأفهام ۴: ۳۱۸.
۳- ۳) جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۹.
۴- ۴) وسیله النجاه: ۲۶۲.
۵- ۵) العروه الوثقی ۲: ۲۱۸.
۶- ۶) قال السيد الاستاذ دام ظله فى حاشيه الوسيله: « فالمناسب فى تعريفها أن يقال: القسمه هى نقل سهم كلّ شريك من الحصه التى بيد شريكه بأزاء سهم شريكه فى الحصه التى بيده» .

مالكاً للنصف الثانی من المال الذی بیده بأزاء تملیکه النصف الآخر من المال الذی بید شریکه، فتکون القسمه فی الحقیقه بیعاً، لأنها - علی هذا - تبدیل الأموال بعضها ببعض بحسب السهام، لکن الشریکین ینشآن القسمه ولا نظر لهما إلی المبادله والمعاوضه الواقعه.

فیضعّفه: إنه إن کان المراد من النصف هو النصف المردّد، فإن المردّد لا وجود له فی الخارج، وإن کان المراد منه النصف المعیّن، فهذا خلف للفرض، ولو کان کذلک لم یکن حاجه إلی التقسیم، فیرجع الأمر إلی الکلّی ویکون من قبیل تعیین الکلّی فی المصداق، نظیر تملیک الکلّی فی المعین کالصاع من الصبره، إذ یتعین کلّی الصاع بالصّاع الذی یدفعه، وإن کان بین الموردین فرق من جهه أخری، وذلک أنه مع تلف شیء من المال المشترک یکون التلف من کلیهما، بخلاف ما لو تلف من الصبره مقدار، فإنه من مالکه، حتی إذا بقی منها صاع واحد کان لمستحقه ولم یشارکه صاحب الصبره.

وأما احتمال أن یکون المملوک لکلّ واحد من الشریکین هو الأحد اللّابعینه بناءاً علی أن الملکیه أمر اعتباری، فیجوز أن یباع الواحد المردّد لأنه قابل للتملّک کما یقبل الکلّی ذلک، نظیر بیع ثمره الشجره قبل وجودها، فیکون التقسیم فی حقیقته إخراج کلّ فرد من حال عدم التعیّن إلی التعیین.

ففیه: ما تقدم من أن الواحد المردد لا وجود له ولا حقیقه، والملکیه وإن کانت أمراً اعتباریاً، لکن یشترط فی متعلّقها أن یکون أمراً قابلًا للوجود فی الخارج.

والتحقیق هو النظر فی حقیقه الشرکه، وبذلک یتضح معنی القسمه، والحاصل: إن التقسیم هو التعیین، لأن معنی الشرکه هو تملّک کلٍ من الشریکین

ص:۴۹۶

للنصف مثلاً ـ من المـال بنحو الإشـاعه، وحيث يراد إخراج الملك عن الإشاعه وتعيّن حق كلّ واحـد من الشـريكين، يقسّم المال بحسب السـهام، فيكون التقسيم تعيين كلّ من النصفين لكلّ من الشريكين مثلًا، فيتحصل أن معنى التقسيم إخراج المال عن حال كونه مملوكاً للشـريكين بالإشاعه إلى حال تعيين ملك كلّ واحد منهما فيه، بتعيين مصاديق كلّ الإجزاء لكلٍّ منهما، وهذا الوجه أحسن الوجوه فى هذا المقام.

حكم نصب القاسم

قال المحقق: « ويستحب للإمام أن ينصب قاسماً كما كان (١)لعلى عليه السلام» .

أقول: هذا الحكم لا ريب فيه كما فى (الجواهر) (٢)، لأن نصب القاسم من المصالح العامه، وعن (القواعد) (٣)الاجماع عليه.

وإن تعبيره ب « النصب» يفيد أن ذلك منصب من المناصب، ولازم ذلك أن يكون للقاسم ولايه على التقسيم كما للحاكم ولايه على الحكم، ويكون ما فعل نافذاً على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين، ولو لم يرض أحدهما

١- ١) واسـمه عبد اللّه بن يحيى كما فى المبسوط ٨ / ١٣٣ وقيل إنه الحضـرمى الذى ذكره فى تنقيح المقال ٢ / ٢٣٣عبداللّه بن يحيى الحضـرمى وقال: قد عدّ الشـيخ الرجل من أصـحاب أمير المؤمنين، وفى رجال البرقى إنه من أصحاب أمير المؤمنين الذين كـانوا شـرطه الخميس، وإن أمير المؤمنين قـال لعبـد اللّه بن يحيى الحضـرمى يوم الجمـل: أبشـر يا ابن يحيى، فإنك وأباك من شرطه الخميس حقاً.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ٣٢۶.

٣- ٣) لم اعثر عليه فى القواعد وانما نسب اليه فى الجواهر ۴٠: ٣٢۶.

بالتقسیم حکم الحاکم به من باب کونه ولیّاً علی الممتنع، وکان التقسیم نافذاً.

وإذ کانت القسمه منصباً، وکان القاسم منصوباً من قبل الإمام أو الحاکم، لزم وجود الشرائط الآتیه فیه: قال المحقق قدّس سرّه:

صفات القاسم:

« ویشترط فیه البلوغ وکمال العقل والإیمان والعداله» (۱).

أقول: لا ـ شبهه ولا خلاف فی اشتراط کونه بالغاً عاقلًا، إذ لا عبره بأفعال الفاقد للبلوغ والعقل، کما لاریب ولا خلاف فی اعتبار الإیمان والعداله فیه، لأن صاحب هذا المنصب ذو ولایه، وقد قال اللّه عزوجل: «Bلا یَنالُ عَهْدِی اَلظّالِمِینَ» (۲).

قال: « والمعرفه بالحساب» (۳).

أقول: وکذا نحوه مما تحتاج إلیه القسمه غالباً.

قال: « ولا یشترط الحریه» (۴).

أقول: ظاهر (الجواهر) الإجماع علی عدم اشتراط الحریّه فی القاسم، فیجوز أن یتولی ذلک العبد الجامع للشرائط المعتبره بإذن المولی (۵).

قالوا: ویشترط فیه القصد، بأن یقسم المال ویفرز الحقوق مع القصد والإنشاء، کما یصدر الحاکم الحکم کذلک.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۰.
۲- ۲) سوره البقره ۲: ۱۲۴.
۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۱۰۰.
۴- ۴) جواهر الکلام ۴۰: ۱۰۰.
۵- ۵) جواهر الکلام ۴۰: ۳۲۷.

قال: « ولو تراضى الخصمان بقاسم لم تشترط العداله» (١).

أقول: أما بناءاً على عدم كون القسمه منصباً من المناصب، فإنه حيث يريد القاسم القسمه الإجباريه، فإن القدر المتيقن من القسمه النافذه قسمه المؤمن العدل، ولا يوجد عندنا اطلاق لنتمسك به لأجل نفوذ قسمه مطلق القاسم، وأما قاسم الإمام ففى الخبر إنه كان من شرطه الخميس وكان مبشّراً بالجنه.

وأما إذا كان القاسم معيّناً من قبل الشريكين، فلا حاجه إلى العداله والإيمان، إذ المفروض رضاهما بما يفعله - كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما - نعم، لابدّ من كون القاسم الذى يتراضيان بتقسيمه مكلّفاً، لأن عمل الصغير لم يمضه الشارع فى مورد.

وقيل: لا مانع من أن يتصدى الصغير عملاً من باب المقدمه للتقسيم، كأن يكون أداه ووسيله لذلك.

وفيه: إنه لا يتحقق الإفراز إلا بالتقسيم والقرعه، فالذى يفرز المشاع هو نفس التقسيم، وبالقرعه يتعين حق كلّ واحد من الشريكين، فالتقسيم إذاً عمل يترتب عليه أثر، فلا يجوز أن يقوم به الصغير، ولا يتصور عمل آخر غير التقسيم والقرعه ليكون مقدمه يجوز قيام الصغير به.

إذن، لابدّ من كونه مكلّفاً بالبلوغ والعقل، ولكن لا يشترط فيه الايمان والعداله، قال المحقق: « وفى التراضى بقسمه الكافر نظر، أقربه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم» (٢).

أقول: وما قرّبه هو الأقوى، فإنه لا مانع من أن يتصدّى الكافر ذلك فى

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠٠.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٠٠.

صوره کونه معیناً منهما، ولیس للقاسم سلطنه حتی یمنع، عملاً بقوله تعالی: «Bوَ لَنْ یَجْعَلَ اَللّهُ لِلْکافِرِینَ عَلَی اَلْمُؤْمِنِینَ سَبِیلاً» (۱).

نعم، فیما قیل إنه منصب من المناصب الشرعیه کالقضاء مثلاً، وقیل إن له ولایه علی المقتسمین، فلابدّ له من الإیمان والعداله، ویکون نصبه من قبل الامام علیه السلام أو نائبه الخاص أو العام أدام اللّه وجود نوّابه فی الأنام.

هل یشترط الرضا بعد القرعه؟

قال المحقق قدّس سرّه: « والمنصوب من قبل الإمام تمضی قسمته بنفس القرعه، ولا یشترط رضاهما بعده» (۲).

أقول: لا خلاف ولا إشکال فی ذلک، لما تقدم من تحقق الولایه له من جهه کونه منصباً، فیکون تقسیمه نافذاً مطلقاً، کما ینفذ حکم الحاکم فی حق المتخاصمین.

قال: « وفی غیره یقف اللزوم علی الرضا بعد القرعه. وفی هذا إشکال، من حیث أن القرعه وسیله إلی تعیین الحق وقد قارنها الرضا» (۳).

أقول: إنما الکلام فی القاسم الذی رضیا بتقسیمه، ففی اشتراط رضاهما بعد القرعه قولان، ودلیل الاشتراط هو: أن کلًا منهما یرید التصرف فی السهم الذی وقع له، فلابدّ من رضاهما معاً بالتقسیم والقرعه بعدها حتی یجوز لهما التصرف، لأن ذلک هو القدر المتیقن، ولا یوجد إطلاق یؤخذ به فی المقام. ودلیل العدم هو:

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۱۴۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۰ - ۱۰۱.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۰ - ۱۰۱.

إن المفروض رضاهما بالقرعه، وهذا الرضا يكفى لجواز التصّرف، لأن « الناس مسلطون على أموالهم» .

أقول: إن كان دليل السلطنه: « الناس مسلطون على أموالهم» مشرّعاً جاز التمسک به لعدم الإشتراط، وإن لم يكن مشرّعاً بل كان مفاده سلطنه المالك على ملكه وجواز تصرفه فيه بأنحاء التصرف فى حدود الشرع المعينه من قبل الشارع فلا، لأن القدر المتيقن من الأدله الشرعيه لجواز التصرف حينئذ صوره الرضا بعد التقسيم والقرعه.

هذا، ولكن بناءاً على ما تقرر من كون القسمه من الامور التى بها يفرز المال المشاع وتزال الشركه، فإنه يلزم رضى الشريكين، ويشترط كون القرعه بطيب النفس، وحيث كانت كذلك فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعه، فيكون القسمه كسائر المعاملات من هذه الجهه، ففى البيع مثلاً ـ يشترط شروط، وحيث أُجريت صيغه البيع بشروطها لا ـ يشترط أن يقول كلّ من المتبايعين بعدها: رضيت، إذ لا دليل عليه، فالإشكال الذى ذكره المحقق قدّس سرّه وارد، والأقوى هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعه بعدها.

وهل يشترط القرعه؟

هذا، وعن جماعه القول بأن الأمر يتحقق بالقسمه عن تراض، وهى كافيه لتعيّن الحقوق من دون حاجه إلى القرعه، لا سيما وأنه لا تعرض للقرعه فى الأخبار، وأن القرعه لكلّ أمر مشكل، وأنه ليس فى نصوص الشركه إشاره إلى أن زوالها يكون بالقرعه، بل لقد قال بعضهم بأن الأخذ بالقرعه هنا متابعه للعامه، وفى (المسالک) : « بل ينبغى أن يتعين بتراضيهما على القرعه وتخصيص كلّ واحد

ص:۵۰۱

من الشـركاء بحصـته وإن لم يحصل القرعه، كما تصح المعاطاه فی البیع، إلا أن المعاطاه يتوقف لزومها على التصـرف من حيث أن ملك كلّ واحـد من العوضـين كان للآخر، فيستصـحب ملكه إلى أن يتصـرف أحدهما بإذن الآخر، فيكون رضاً منه بكون ما فی يده عوضاً عن الآخر. أما القسـمه فإنها مجرد تمييز أحد النصـيبين عن الآخر، وما يصل إلى كلّ منهما هو عين ملكه لا عوضـاً عن ملـك الآـخر، فيكفی تراضـيهما عليها مطلقاً، ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو على بعض الوجوه يناسبه توقف اللزوم على التصـرف كالبيع معاطاه، واشترط فی الدروس تراضـيهما بعد القرعه فی غير قسـمه منصوب الإمام عليه السـلام مع اشتمالها على الردّ خاصه (۱)، وهو حسن، وفی اللّمعه: اكتفى بتراضيهما عليها من غير قرعه مطلقاً (۲). وهو أجود، واختاره العلاّمه فی القواعد (۳)(۴).

وقـد أشـكل على ما ذكر، بأن قياس القسـمه على المعاطاه مع الفارق، لأن المعاطاه - بناء على إفادتها الملك وجواز الرجوع فيها ما دامت العينان باقيتين - بيع عنـد العرف، وقـد أمضـى الشارع ذلك، وأما القسـمه فعنوان آخر، ولا يوجـد فی نصوصـها إطلاق يفيـد نفوذهـا ولزومهـا حتى يقـال بأن القسـمه تتحقق بالـدليل ولا حاجه إلى القرعه، وقوله تعالى: «وَ إِذا حَضَرَ اَلْقِسْمَةَ» (۵)لا إطلاق فيه، ولا يبين كيفيه القسمه، وحينئذ، فإن تحقّقت القسمه مع القرعه كانت المعامله متحققه

ص:۵۰۲

۱- ۱) الدروس الشرعيه ۲: ۱۱۷.

۲- ۲) الروضه البهيه ۳: ۱۱۷.

۳- ۳) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۰.

۴- ۴) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۶ - ۲۷.

۵- ۵) سوره النساء ۴: ۸.

بالإجماع، وبها يتم النقل والملك لكلّ واحد من الشريكين، وليس هنا تصرف فی مال الغير حتى يقال بجوازه بالرضا لقوله: « لا يحل. . .» ، لأنه يريد أخذ ماله وتعيين حقّه (١).

هل تتحقق القسمه بالصلح؟

وهل تتحقق القسمه بالمصالحه؟ توقّف فيه بعضهم، لكن الظاهر أن المصالحه تبديل ومعاوضه بين السهمين، ونتيجتها كون كلّ واحد من الشريكين مالكاً للعين التی بيده مثلًا، كما يتحقق ذلك بالبيع والشراء بينهما.

نعم، قد يستشكل فی هذا البيع أو الصلح، بناءاً على لزوم كون العوضين معينين فی الخارج فی البيع والصلح، فلا يصح بيع أحد العبدين أو إيقاع الصلح عليه، لفقدان الشرط المذكور فی المعامله. . . وحينئذ، لا يمكن التوصّل إلى نتيجه القسمه – وهو إفراز السهمين وتعيين الحق لكلّ من الشريكين – عن طريق البيع والصلح بينهما.

---

١ – ١) والحاصل: فی المقام ثلاثه أقوال: أحدها: إعتبار القرعه فی حصول القسمه، سواء رضيا بها أولا. و استدل عليه بجريان أدله القرعه فی هذا المقام، وأن ظاهر تلك الأدله هو اللزوم. فراجعها فی وسائل الشيعه، فی الباب الثالث من أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى. والثانی: حصول القسمه بمجرد التراضی، من دون حاجه إلى القرعه. واستدل عليه بعموم: « الناس مسلطون على أموالهم» وقوله: « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» . والثالث: حصولها بالقرعه المتعقبه بالرضا. واستدل عليه باستصحاب بقاء الشركه وأصاله عدم ترتب أثر القسمه على مجرد القرعه، فيؤخذ بالقدر المتيقن وهو القرعه المتعقبه بالرضا. هذا، وظاهر السيد الاستاذ هو القول الأول، وتماميته يتوقف على إطلاق أدله القرعه أو شمولها لصوره عدم التخاصم، إلا أن لدعوى اختصاصها بصوره التخاصم وعدم جريانها فی المقام حيث يتراضى الطرفان بقسمه القاسم مجالاً.

وهل يؤثر رضا المالک لو قسم ماله فضول واقترع علیه؟ فیه إشکال، وحینئذ تستصحب الشرکه.

وبنـاءاً علی لزوم الرضـا بعـد القرعه، یشترط رضاهما حتی لو کان القاسم الإمام أو المنصوب من قبله، وحیث یکون التقسیم عن إجبار، یلزم رضا الحاکم لأنه ولیّ الممتنع.

عدم الفرق بین قسمه الردّ وغیره:

ثم إن القسـمه تاره: تشـتمل علی ردّ، وذلک عنـدما یخرج لأحـد الشـریکین النصـیب الأوفر من الآخر، فیؤخذ شـیء من صاحب الزیاده فی مقابلها ویـدفع إلی الآخر، لعـدم إمکان تقسـیم المال المشترک إلی سـهمین متساویین، فیحصل التعـدیل بین الحقین، وأخری: لا ـ تشـتمل علیه، فبنـاء علی عـدم اشتراط الرضا بعـد القرعه، لا یفرق بین الموردین. وفصّل بعضـهم فاشترطه فی الصوره الأولی، لأنه فی تلک الصوره توجد معاوضه أخری، وهی المعاوضه بین ما یؤخذ من صاحب النصیب الأوفر وما یأخذه من سهم الآخر، فلابدّ فیها من رضا الطرفین.

والجواب - کما فی (الجواهر) (۱)- أن قسمه الردّ قسم من القسمه المفروض إفرازها بالقرعه، وان استتبعت وجوب الردّ علی من خرج له النصیب الأوفر بها، فهو استحقاق آخر یتبع القسمه المزبوره، ولیس هو معاوضه مستقله خارجه عن القسمه کی یعتبر فیها التراضی، وسیأتی تفصیل الکلام علی هذه المسأله حیث یعنونها المحقق قدّس سرّه.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۲۹.

فی إجزاء القاسم الواحد وعدمه:

قال المحقق قدّس سرّه: « ویجزئ القاسم الواحد إذا لم یکن فی القسمه ردّ، ولابدّ من اثنین فی قسمه الردّ، لأنها تتضمّن تقویماً، فلا ینفرد الواحد به، ویسقط اعتبار الثانی مع رضا الشریک» (۱).

أقول: أما فی صوره عدم اشتمال القسمه علی ردّ، فلا خلاف فی کفایه القاسم الواحد، لتحقق القسمه به کما یتحقق البیع بالواحد، سواء کان القاسم منصوباً من قبل الحاکم أو کان منصوباً من قبل الشریکین بأن یوکّلاه فی ذلک، وأما صوره اشتمالها علی ردّ، فقد ذکر المحقق أنه « لابدّ من اثنین» .

وفی (المسالک) : القسمه إن اشتملت علی ردٍ فلا إشکال فی اعتبار التعدّد فی القاسم حیث لا یتراضی الشریکان بالواحد، لأن التعدد یشترط فی المقوم مطلقاً من حیث أنها شهاده (۲).

وقد أشکل فی (الجواهر) علی ذلک بوجوه:

الأول: ما سمعته من نصب علی علیه السلام قاسماً واحداً.

الثانی: إن التقویم غیر منحصر فی قسمه الردّ، فإن کثیراً من الأموال المشترکه المختلفه کالحیوانات ونحوها لا تقسم إلا بالتقویم وإن لم یکن فیها رد.

الثالث: إن التقویم لا مدخلیّه له فی القسمه وإنما هو من مقدّماتها (۳).

قلت: إن اطمأن الشریکان بأنه قد قسم بالعدل من جمیع الجهات کفی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۱.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۷.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۳۳۲ - ۳۳۳.

القاسم الواحد، ولا حاجه إلى التقويم، سواء كانت القسمه عقداً أو إيقاعاً أو حكماً، على اختلاف الوجوه والأقوال - وإن كان كونها بالعقد أشبه - ولعلّه من هذه الجهه لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السلام إلى المقوم، ولذا لو قسم أحدهما برضا الآخر كفى، نظير ما ذهب إليه بعضهم من جواز تولّى الواحد لإجراء عقد النكاح وكالهً عن الزوجين، فإن قسّم القاسم وشك فى كونه بالعدل، وذكر أنه قد قسم بالعدل، كان قوله متضمناً للشهاده، فلابدّ من شاهد آخر معه، ولعلّ ذهاب المحقق والجماعه إلى لزوم التعدّد فى صوره الاشتمال على الردّ، هو من جهه أن الغالب فى مثل ذلك وقوع الإحتياج إلى التقويم، ومع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام فى أُجره القاسم:

قال المحقق قدّس سرّه: « وأجره القسام من بيت المال، فإن لم يكن إمام أو كان ولا سعه فى بيت المال كانت أُجرته على المتقاسمين» (١).

أقول: هذا بالنسبه إلى القاسم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام، فإن أُجرته تكون على بيت المال، لأنه معدّ للمصالح وهذا منها، لكن ذلك يختص بصوره إجبار الإمام المتقاسمين على التقسيم، وأما وجوبها على بيت المال فى المورد الذى لم يأمر فيه الإمام بالقسمه فبعيد، فكان الأولى التقييد بما ذكرناه، وحيث طلبا من الإمام عليه السلام إرسال القاسم لأجل التقسيم كانت الاجره عليهما، لأن عمله محترم وهما قد طلباه، فعليهما الاجره لا على بيت المال وإن كان فيه سعه.

وأما إذا طلب أحدهما دون الآخر، فأمر الإمام بالتقسيم، فهل عليه دفع ما

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠١.

يجب على الراضى منهما أيضاً من بيت المال؟ الظاهر هو العدم.

والمشهور ف بل ادعى الإجماع ف على أخذ الاجره من كليهما، وإن كان أحدهما ممتنعاً وكان التقسيم بأمر الحاكم و إجباره، وكذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضى بكلا الأمرين - بقاء الشركه والتقسيم - على السواء، فأمر الحاكم بالتقسيم، قالوا: لأن التقسيم له أثر ونفع بالنسبه إليه أيضاً.

وفيه: إن توجّه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شيء عليه، وتحقق الإجماع فى هذا الغرض بعيد.

وكذا لو رضى بالتقسيم من غير أن يطلبه، أو رضى الحاكم به من قبله، فإنه لا يجب عليه شيء إلا عدم الإمتناع عن التقسيم، وكذلك الحاكم إن رضى من قبله بالولايه. . . .

فالأقوى فى جميع هذه الموارد توجّه كلّ الاجره على من طلب التقسيم.

هذا، ومقتضى القواعد كفايهرفع اليد عن المال وعدم وجوب تسليمه.

قال المحقق قدّس سرّه: « فإن استأجره كلّ واحد بأُجره معينه فلا بحث» (۱).

أقول: إن استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لأجل التقسيم بأُجره معيّنه، وجب عليهما معاً دفع الاجره، وإن استأجره كلّ واحد بالاستقلال وبأُجره معنيه قال المحقق: فلا بحث، وهو صريح فى الجواز.

وقد أشكل عليه من جهه أن العمل واحد وينتفع منه كلاهما، فإذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استيجار الثانى إيّاه له، لأن هذا العمل مملوك للأول،

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۱.

فكيف يأخذ مالاً بأزاء هذا العمل من الشريك الثانى؟ وبعباره أخرى: إنه يتحصّل من إفراز سهم الموجر كون سهم الآخر مفروزاً كذلك، فيكف يجعل نفسه أجيراً لتحصيل ما حصل؟

فإن قيل: فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلاً ـ من طرف البائع للإيجاب، ومن طرف المشترى للقبول، فى معامله واحده؟

قلنا: إنه قياس مع الفارق، كما هو واضح.

وقد أشكل عليه أيضاً: بأن فرز مال أحدهما مقدمه لفرز مال الآخر، فإذا أُوجر من قبل أحدهما كانت إجاره الثانى باطله، لأنها تكون على عمل وجب عليه القيام به بإجاره الأول من باب المقدمه.

لكن فيه: إن العمل واحد، غير أن الذى يتحصل منه أمران، وليس باثنين حتى يكون أحدهما مقدمه للآخر.

وقد ذكر فى (المسالک) الإشكال الأول وقال: « وأجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستيجار القسام لإفراز نصيبه ولا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرّف فى نصيب الآخرين تردّداً وتقديراً، ولا سبيل إليه إلا برضاهم، نعم، يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقين، فيكون أصلاً ووكيلاً ولا حاجه إلى عقد الباقين، وحينئذ، إن فعل ما على كلّ واحد منهم بالتراضى فذاک، وإن أطلق عاد الكلام فى كيفيه التوزيع» (1).

وقد أشكل على هذا الجواب: بأن الإجاره للتقسيم المستلزم للتصرف فى مال الشريک بدون إذنه، غير صحيحه، وأما إذا كانت الإجاره فى مورد لا يستلزم

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۱.

التقسیم فیه التصرف، کأن یکون القاسم عالماً بوزن المال أو مساحه الأرض مثلًا عاد الإشکال.

أقول: هذا کلّه بالنسبه إلی التصرف الخارجی، لکن الإفراز فی حدّ ذاته تصرف، فلا یجوز القیام به، ولا یتحقق إلا مع إذن الشریک، وحینئذ، تکون إجاره الأوّل باطله.

وکما یمکن أن یکون القاسم عالماً بخصوصیات المال بحیث لا یحتاج إلی التصرف فی نصیب الشریک الآخر، کذلک یمکن تحصیل رضا الشریک بهذاالمقدار من التصرف اللازم لمعرفه خصوصیات المال، فیکون نظیر ما إذا وکّله فی شراء دار مثلًا، فإن معناه أنه إن رضی مالکها وباعها فاشترها منه، وإما إذا لم یرض لغت الوکاله، فیکون کبیع الفضولی مع عدم إجازه المالک، فلو باع شخص مال غیره فضوله، أی أنشأ تملیکه الغیر بدون رضی المالک، فإن هذا فعل لغو ولیس حراماً، لأن المفروض عدم وقوع التصرّف فیه.

وهنا، إن کان التقسیم فی الحقیقه إجاره مشروطه بإجازه الشریک، فقیل بعدم الصحّه أیضاً، وقال فی (الجواهر) : إذا کان إنشاء الإجاره مشروطاً بإجازه الآخر، فإن إجاره الأول باطله للتعلیق، وإن کان إنشاءً مراعیً بإجازه الآخر - مثل بیع الفضولی - فإنّه إنشاء منجّز لکنه مراعیً شرعاً، فإن رضی الثانی بالإجاره تمّت وأثّرت الإجازه، فهذا معنی قول صاحب الجواهر: اللهم إلا أن یراد أن الأولی وقعت مراعی صحتها بوقوع الثانیه (۱)، ولکن فیه: إن المراعی فی بیع الفضولی أن المالک یجیز نفس عمل الفضول، وهنا إن أجاز الثانی نفس عمل الأول کان عمله

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۳۵.

ممضىً بهـذه الإجاره ولا يكون شـريكاً معه فى الإجاره، وإن كانت إجازه الثانى بمعنى إنشائه الإجاره، عاد الإشـكال، ولـذا قال هو: والتحقيق عدم صحه الثانيه حيث تصح الاولى من دون مراعاه للثانيه مع كون المستأجر عليه شيئاً واحداً.

هذا، ولو وكّل أحد الشـريكين الآخر فى التقسـيم، فاسـتأجر الشـريك أصاله عن نفسه ووكاله عن شريكه من يقسّم المال، وجب عليهما معاً دفع الاجره.

قال المحقق قدّس سرّه: « وإن استأجروه فى عقد واحد ولم يعيّنوا نصيب كلّ واحد من الاجره لزمتهم الاجره بالحصص، وكذا لو لم يقدّروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويّه» (١).

أقول: إدعى فى (الجواهر) إجماع الطائفه على مراعاه الاجره بالحصص (٢).

واسـتدل له الشـيخ قـدّس سـرّه بأنا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضـى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لأحدهما عشر العشـر سـهم من مأه سـهم والباقى للآخر، ويحتاج إلى اجره عشـره دنانير على قسـمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشـره، وربما لا يساوى سهمه ديناراً واحداً، فيذهب جميع المال، وهذا ضرر، والقسمه وضعت لإزاله الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه (٣).

واسـتدل له (كـاشف اللثـام) بقوله: ولأـن الاجره تزيـد بزياده العمل، والعمل يزيـد بزياده المعمول، فكلّ من كانت حصـته أزيد فالعمل له أزيـد، كمن يسـقى جريبين من الأرض فعمله أزيـد ممّن يسـقى جريباً، وأن تحمل المشـقه أكثر، وكمن ردّ عبداً قيمته مائه، فعمله أزيد ممن ردّ عبداً قيمته خمسون، والغموض فى قله

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠١.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ٣٣۵.

٣- ٣) كتاب الخلاف ۶: ٢٢٩، المسأله ٢۶.

النصيب إنما جاء من كثره نصيب الآخر (۱).

وفی (القواعد) وغيرها احتمال التساوی، للتساوی فی العمل (۲)، فإنه ليس إلا إفرازاً أو حساباً أو مساحه، والكلّ مشترک بینهما، بل قد يكون الحساب فی الأقل أغمض، وقله النصيب توجب كثره العمل لوقوع القسمه بحسب أقل الأنصباء، فإن لم يجب على الأقل نصيباً من الاجره أزيد فلا أقل من التساوی.

قال فی (الجواهر) : ولكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعی وأبی حنفيه ومالک موافقتنا على ذلک، نعم، هو محكی عن أحمدبن حنبل، ونقض عليه الفاضل فی القواعد بالحفظ للمال المشترک، فإن له الاجره بالحصص مع التساوی فی العمل (۳). . .

قلت: ومثله حمل المال المشترک من مكان إلى آخر، فإن له الاجره بالحصص.

لكن التحقيق اختلاف الموارد، وأنه لا تدور الاجره مدار نتيجه العمل فی كلّ مورد، مثلًا: لا يفرّق فی الاجره بين حمل الحنطه وحمل الرز من مكان إلى آخر - مع وحده المسافه واتحادهما فی الوزن - وإن كان الرز أغلى من الحنطه، وصاحب المطبعه يطبع كلّ ملزمه من الكتاب بأُجره معينه، فهو يأخذ أُجرته فی مقابل عمله، من غير فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلميه النفيسه مادّيّاً ومعنوياً، أو يكون كتاباً وضيعاً كذلک، ففی هذه الموارد يلحظ العمل نفسه، وأما فی حمل المال المشترک أو تقسيمه، فالسيره العقلائيه على النظر إلى نتيجه العمل بالنسبه إلى كلّ

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۱۶۸.

۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۱، ايضاح الفوائد ۴: ۳۷۰.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۳۳۶.

واحد من الشركاء، فإذا آجروه كلّهم للحمل أو القسمه قسّمت الأجره عليهم بالحصص، لأن حرمان صاحب التسعه أعشار من الإستفاده من المال - لأجل الشركه - تسعه أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعه أعشار استفادته، فعليه تسعه أعشار الاجره.

فالحق هو الاستدلال بالإجماع وبقاعده نفى الضرر، كما عن الشيخ قدّس سرّه فى (الخلاف) (۱).

النظر فى المقسوم:

قال المحقق قدّس سرّه: « وهو إما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان، أو متفاوتها كالأشجار والعقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله، والإنفراد أكمل نفعاً» (۲).

أقول: قسّم المحقق قدّس سرّه المقسوم إلى قسمين، أى إلى المتساويه أجزاؤه من حيث الوصف والقيمه كذوات الأمثال مثل الحبوب والأدهان، وإلى المتفاوته أجزاؤه كالأشجار والعقار، وقد حكم فى القسم الأول بجواز إجبار الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، قال فى (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الإتفاق عليه، ولعلّه العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر والضرار فى القسمه المفروض شرعيّتها (۳)، وأما الثانى ففيه تفصيل كما سيأتى.

۱- ۱) كتاب الخلاف ۶: ۲۲۹

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۱.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۳۳۷.

قال المحقق: « ويقسم كيلاً ووزناً متساوياً ومتفاضلاً ربوياً كان وغيره، لأن القسمه تميز حق لا بيع» (۱).

أقول: وحيث يراد التقسيم، فإنه يقسّم المكيل والموزون وغيرهما كيلاً ووزناً وغير ذلك متساوياً ومتفاضلاً، ربوياً كان المقسوم وغيره، وذلك لأن القسمه - كما سبق فی أولّ البحث - معامله مستقلّه يقصد بها تمييز حق أو تعيين حق، لا بيع، فلا يشترط فيها ما يشترط فی البيع، من القبض فی المجلس فی النقدين والعلم بالوزن والوصف وعدم الإشتمال على الربا، وحينئذ، فإذا قسم بالتساوی بحسب العين أو بحسب القيمه جاز، وإن كان مع الجهل بالوزن أو الوصف، ط وكذا لا يثبت فی القسمه الخيار لأحد المتقاسمين.

قال ثانی الشهيدين: لو ترک قوله متساوياً ومتفاضلاً كان أولی، وإليک نص كلامه:

« وأما قوله متساوياً ومتفاضلاً، فالأصل فی القسمه أن تكون بنسبه الإستحقاق، فإذا كان المشترک بينهما نصفين كان إفرازه نصفين، وإن كان بينهما أثلاثاً كان إفرازه كذلک، والتفاضل فی الثانی بحسب الصوره وإلا فهو متساو حقيقه، لأن مستحق الثلث له فيما فی يد صاحب الثلثين ثلثه ولصاحب الثلثين فيما فی يد صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمه على هذا الوجه موجبه للتسويه بينهما بالنظر إلى أصل الحق، وإن أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر زياده على حقّه، فليس ذلک بداخل فی حقيقه القسمه بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترک قوله

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۱.

متساوياً ومتفاضلاً كان أولی» (۱).

قال فی (الجواهر) : وفیه أن معنی کلام المحقق هنا أنه لو فرض کون الاشتراک فی جیّد الحنطه وردیئها، بحیث کان المنّان من الردیّ یساوی المنّ الواحد من الجیّد، فلو أخذ أحدهما المنّین فی مقابل الواحد من الجیّد جاز ولا یلزم الربا، لأنه تقسیم أی تعیین لحق کلّ واحد ولیس بیعاً، وإن کان التقسیم فی حقیقته معاوضه.

قلت: لکن ظاهر العباره لا یساعد هذا المعنی، فإنه یقول: المقسوم إما متساوی الأجزاء کذوات الأمثال أو متفاوتها، فالأول یجبر الممتنع مع مطالبه الشریک بالقسمه، فلو فرض کونهما شریکین فی الجیّد والردیّ، فإن أخذ المنّین من الردیّ فی مقابل المنّ من الجیّد لیس تقسیماً إجباریّاً، بل من التقسیم المشتمل علی الرد (۲).

قال المحقق: « والثانی، إما أن یستضرّ الکلّ أو البعض أو لا یستضر أحدهم، وفی الأول لا یجبر الممتنع کالجواهر والعضائد الضیقه، وفی الثانی: إن التمس المستضر أُجبر من لا یتضرر، وإن امتنع المتضرر لم یجبر. . .» (۳).

أقول: هذا حکم المقسوم المتفاوته أجزاؤه، وتفصیله أنه إما أن یستضرّ کلّ الشرکاء بقسمته أو بعضهم، أو لا یستضر أحدهم.

أما الثالث، فالحکم فیه واضح، فإنه یقسم بلا کلام، وأما إذا کان المال مما

ص:۵۱۴

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۳۸.

۳- ۳) شرائع الاسلام ۴: ۱۰۱.

یوجب تقسیمه الضـرر علی کـلّ الشـرکاء، فلاـ یقسم إلاـ برضـاهم جمیعاً، ولا یجبر الممتنع منهم، بل لا یجوز التقسـیم الموجب للتلف حتی مع رضاهم، فلابدّ من التقسـیم بطریق آخر من بیع أو صلح أو مهایاه، وإن کان الضرر متوجهاً إلی بعضهم، فإن امتنع المتضرر لم یجبر، لقاعده نفی الضرر، وإن کان الملتمس للقسمه وهو المستضر اُجبر من لا یتضرر، وعلی کلّ حالٍ، فلابدّ من أن لا یکون الضرر فاحشاً أو موجباً للسقوط عن المالیّه، وإلا قسم بنحو آخر.

وإن استلزم بقاء المال علی الشرکه ضرراً أکثر من الضرر اللّازم بالتقسیم قسّم.

وأما إذا توقّف التقسیم علی الردّ، قسّم المال کذلک بلا إجبار، کما سیأتی.

ولو کـان الأقـل ثمنـاً أکثر مرغوبیه، فهـل یراعی فی القسـمه جهه المرغوبیّه أو یراعی جهه المالیّه؟ وجهان مبتیّان علی حـدّ دلاله قاعـده لا ضـرر ولا ضـرار، فإن کانت رافعه لخصوص الضـرر المالی، فالمفروض عـدمه هنا لأجل التعدیل بالقیمه، وإن قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضی أیضاً، منعت التقسیم المضر بالغرض وإن لم یلزم الضرر المالی.

أقسام القسمه:

فظهر أن القسـمه علی قسـمین: قسمه إجبار وقسمه تراض، وقد ذکر المحقق هذا بقوله: « ثم المقسوم إن لم یکن فیه ردّ ولا ضرر اُجبر الممتنع وتسمّی قسمه إجبار، وإن تضمنت أحدهما لم یجبر وتسمّی قسمه تراض» (۱).

فإن لم یکن فی البین ردّ ولا ضرر اُجبر الممتنع عن التقسیم، لأن الإنسان له

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۱.

ولايه الانتفاع بماله، والإنفراد أكمل نفعاً، والمفروض عـدم المانع من إعمال هـذه الولايه، وهـذه قسـمه الإجبار، وإن كان هناك ردّ أو ضـرر فلا يجوز إجبار الممتنع عن التقسـيم، بل يقسم بأى نحو تحقق به رضا جميع الأطراف، وهذه قسـمه التراضـى. وعلى هذا الأساس قال المحقق: « ويقسّم الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض» أى المتساويه الأجزاء قسمه إجبار، لأن المفروض عدم الضـرر وعدم الردّ فيها « وإن كان ينقص بالقطع، لم يقسم، لحصول الضـرر بالقسمه» قال: « وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار» لأن التعديل رافع للضرر المانع من الإجبار.

لكن فى (المسالك) : ومنهم من قسّمها ثلاثه أقسام:

قسـمه الإفراز، وهى أن يكون الشـىء قابلاً للقسـمه إلى أجزاء متسـاويه الصـفات كـذوات الأمثـال وكالثوب الواحـد، والعرصـه الواحده المتساويه، ولا إشكال فى كون هذا القسم إجبارياً، مع بقاء الحصص بعد القسمه منتفعاً بها أو حافظه للقيمه كما مر.

والثانى: قسمه التعديل، وهى ما تعدل سهامها بالقيمه، وهى تنقسم إلى ما يعدّ شيئاً واحداً وإلى ما يعدّ شيئين فصاعداً:

فالأول – ما يعدّ شـيئاً واحداً كالأرض التى تختلف قيمه أجزائها. . . ومقتضـى عباره المصـنف قسـمه هذه إجباراً، إلحاقاً للتساوى فى القيمه بالتساوى فى الأجزاء، ويحتمل عدم الإجبار هنا لاختلاف الأغراض والمنافع، والوجهان جاريان فيما إذا كان الإختلاف لاختلاف الجنس، كالبستان الواحد المختلف الأشجار، والدار الواحده المختلفه البناء. والأشهر الإجبار فى الجميع.

والثانى – ما يعدّ شيئين فصاعداً، وهو ينقسم إلى عقار وغيره:

فالأول، كما إذا اشتركا فى دارين أو حانوتين متساويتى القيمه، وطلب أحدهما القسمه بأن يجعل لهذا داراً، ولهذا داراً.

ولاـ يجبر الممتنع هنـا، سواء تجـاور الـداران والحانوتـان أم تباعـدا، لشـدّه اختلاـف الأـغراض باختلاف المحال والأبنيه فيلحقان بالجنسين المختلفين. . . ولو كـان بينهما دكاكين متلاصـقه لا يحتمل آحادها القسـمه – وتسمّى العضائـد – فطلب أحـدهما أن يقسم أعيانها، ففى إجبار الممتنع وجهان، أظهرهما العدم، وسيأتى.

وأما غير العقار، فإذا اشتركا فى عبيد ودواب أو أشجار أو ثياب، فإما أن يكون من نوع واحد أو من متعدد.

فـإن كانت من نوع واحـد وأمكن التسويه بين الشـريكين عـدداً وقيمه، كعبـدين متساويى القيمه بين اثنين وثلاث دواب متساويه القيمه بين ثلاثه، فالـذى اختاره المصـنف والأكثر أنه يجبر على قسـمتها أعياناً ويكتفى بالتساوى فى القيمه، بخلاف الـدور لشده اختلاـف الأغراض فيها. . . وفى القواعـد: استشـكل الحكم فى العبيـد (۱). . . ونقـل فى المبسوط عن بعضـهم عـدم الإجبار هنا، والمذهب هو الأول (۲).

ولـو لم يمكن التسـويه فى العـدد، كثلاـثه أعبـد بين اثنين على السويّه أحـدهما يسـاوى الآـخرين فى القيمه، فـإن قلنـا بالإجبـار عندإمكان التسويه، فهنا وجهان، ينظر أحدهما إلى تعادل القيمه، والثانى إلى اختلاف العدد وتفاوت الأغراض. . .

ولو كانت الشركه لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان، كعبدين بين اثنين قيمه أحدهما مائه وقيمه الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمه ليخصّ من اخرجت له

۱– ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۲.

۲– ۲) المبسوط فى فقه الاماميه ۸: ۱۴۷.

القرعه الخسيس به ويربع النفيس، ففی إجبار الآخر وجهان مبتّيان على المسأله السابقه، فإن قلنا: لا إجبار هناک فهنا أولى، وإن قلنا بالإجبار هناک فهنا وجهان، أصحّهما: المنع، لأن الشركه لا ترتفع بالكليّه.

ولو كانت الأعيان من أنواع مختلفه، كالعبد التركی مع الهندی والثوب الابريسم مع الكتان مع تساويهما فی القيمه، ففی إجبار الممتنع وجهان مرتّبان، وأولى بالمنع هنا لو قيل به فی السابق.

وكذا القول لو اختلف قيمتهما وأمكن التعديل.

ويظهر من المصنف وجماعه عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمه، فأما الأجناس المختلفه كالعبد والثوب، والحنطه والشعير، والدابه والدار، فلا إجبار فی قسمه أعيانها بعضها فی بعض وإن تساوت قيمتهما.

والثالث: قسمه الرد، بأن يكون بينهما عبدان، قيمه أحدهما ألف وقيمه الآخر ستمائه، فإذا ردّ آخذ النفيس مائتين استويا.

ولا خلاف فی كون هذا القسم مشروطاً بالتراضی، وسيأتی الكلام فيه، انتهى كلام الشهيد الثانی قدّس سرّه (1).

أقول: وحاصله: أنه مع اختلاف الغرض لا يجوز الإجبار، وإن أمكن التعديل فی القيمه بلا ردّ، قال فی (الجواهر) : وهو كما ترى، لا نعرف له مدركاً ينطبق على أصولنا إلا دعوى حصول الضرر فی بعض دون آخر، وهی مجرد اقتراح، وإنما صدر من العامه على أصولهم الفاسده.

ثم قال: اللهم إلا أن يكون فی مختلف جهه الشركه فيه، بمعنى عدم الشركه فی

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۵ - ۳۹.

مجموع آحاده وإن تحقّقت فی أفراده بأسباب مستقله، فإنه لا جبر فی قسمه بعض فی بعض قطعاً، بل الظاهر عدم مشروعیه القسمه فیه بالمعنی المصطلح وإن جازت بنوع من الصلح ونحوه، لکون القسمه حینئذ قسمه معاوضه لا إفراز، وذلک لأنه معها یکون له النصف من کلّ منهما مثلاً، ولا یجب علیه معارضه ما یستحقه فی أحدهما بما لصاحبه فی الآخر، إذ لیست هی بإفراز حینئذ، بخلاف ما لو کانت الشرکه فی مجموعه، فإن له حینئذ نصفاً منه وهو یمکن انطباقه علی أحدهما.

ومن ذلک یظهر لک اعتبار الإشاعه فی مجموع الأعیان المشترکه التی یراد قسمتها بعض فی بعض، بل لا موضوع للقسمه فی غیره ممّا آحاده مشترکه بأسباب مستقله من دون شرکه بمجموعه، ولیس المراد فی الأول اعتبار نصف المجموع مثلاً کی یرد حینئذ عدم جواز قسمه بعض المال المشترک دون بعض أو قسمه بعضه بالإفراز والآخر بالتعدیل، والمعلوم خلافه نصاً وسیره، وإنما المراد زیاده مصادیق النصفیه بملاحظه الشرکه فی المجموع علی وجه یصح قسمته بعض فی بعض بحیث یکون النصف أحد المالین مثلاً، فتأمل فإنه دقیق نافع. . . إلی آخر ما ذکره قدّس سرّه (۱).

وملخصه: عدم إمکان القسمه بالقیمه فی صوره اختلاف سبب الشرکه، فلو اشترک أخوان فی مال بالإرث وفی آخر بالشراء، کان النصف المشاع من کلّ واحد لکلّ واحد من الأخوین، وحینئذ، لا یقسم هذان المالان بأن یجعل بعضه فی مقابل بعض بالقیمه، وظاهر کلامه یعّم المثلی والقیمی معاً.

ولم یتّضح لنا وجه هذا التفصیل، لأن کلّ مال مشترک بالإشاعه یکون

۱- ۱) جواهر الکلام ۴: ۳۴۱.

نصف کلّ جزء لهذا والنصف الآخر منه للآخر، حتی یصل إلی الجزء الذی لا یتجزء، من دون فرق بین اتحاد سبب الشرکه وتعدّده، وعلی هذا، فإنه تجعل المصادیق الخارجیه لکلّی النصف ثم تعیّن لکلّ واحدٍ بالقرعه، نعم، إن النصف الکلّی لمّا ورثاه لا یکون مصداقاً لکلّی النصف من المال الذی اشتریاه، ولکن إذا قسّمت الأموال من حیث المجموع بلحاظ القیمه إلی قسمین، مع غض النظر عن سبب الملکیه، تحقق المصداق للمملوک، وبالقرعه یتعین المالک لکلّ نصف.

وعلی الجمله، إن اختلاف سبب الملک لا یوجب اختلاف الملک، والسیره قائمه علی التقسیم، من دون نظر إلی أسباب التملّک، فإن ما ترکه المیت لورّاثه بالإشاعه، ویقسم بینهم من دون نظر إلی أفراد الترکه من حیث أسباب تملک المیّت لها.

قال المحقق قدّس سرّه: «وإذا سألا القسمه ولهما بینه بالملک قسّم، وإن کان یدهما علیه ولا منازع لهما قال الشیخ فی المبسوط: لا یقسم (۱)، وقال فی الخلاف: یقسم (۲)، وهو الأشبه، لأن التصرف دلاله الملک» (۳).

أقول: إذا سأل الشریکان الحاکم القسمه فتاره: یعلم الحاکم بکون المال ملکاً لهما بالإشتراک، وأخری: تقوم البینه علی ذلک عنده، وثالثه: لا علم ولا بینه بل لهما ید علی المال.

فعلی الاوّلین: لا إشکال ولا خلاف فی تصرف الحاکم بتقسیم المال.

ص:۵۲۰

۱- ۱) صرح فی المبسوط بجواز القسمه. راجع المبسوط ۸: ۱۴۷ - ۱۴۸. ولم اعثر علی منع القسمه فی المبسوط.

۲- ۲) کتاب الخلاف ۶: ۲۳۲، المسأله ۳۰.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۲.

وعلى الثالث فعن (المبسوط) : لا يسمع قولهما بل يطالبان بالبينه على كون المال لهما، وعن (الخلاف) إنه يقسّم وعليه المشهور (١)، واختاره المحقق بقوله: هو الأشبه، وفى (الجواهر) : بل لعلّه لا خلاف فيه بيننا، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه (٢).

وجه المنع: إحتمال كون التقسيم حكماً، والحكم يتوقف على البينه.

ووجه الجواز: إن اليد والتصرّف دلاله الملك. . . وهذا هو المختار.

والإحتياط الذى ذكره صاحب (الجواهر) قدّس سرّه ليس بلازم.

كيفيه القسمه:

إن الحصص لا تخلو من أربع حالات، فتكون القسمه المحتاجه إلى التعديل على أربعه أقسام:

الأول: أن تتساوى الحصص قدراً وقيمه.

الثاني: أن تتساوى الحصص قدراً لا قيمه.

الثالث: أن تتساوى الحصص قيمه لا قدراً.

الرابع: أن تختلف الحصص قدراً وقيمه.

قال المحقق: «الحصص، إن تساوت قدراً وقيمه، فالقسمه بتعديلها على السهام، لأنه يتضمن القيمه، كالدار تكون بين اثنين وقيمتها متساويه» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين (٣). . . وهذا هو القسم الأول، وحيث يتحقق التعديل - كما

١- ١) كتاب الخلاف ۶: ٢٣٢.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ٣۴٣.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴: ١٠٢.

ذکر - تصل النوبه إلی القرعه لأجل تعیین حصه کلّ واحد من الشریکین، وسیأتی بیان کیفیه القرعه.

قال: « وإن تساوت قدراً لا قیمه، عدّلت السهام قیمه وأُلغی القدر، حتی لو کان الثلثان بقیمته مساویاً للثلث جعل الثلث محاذیاً للثلثین» (۱)وهذا هو القسم الثانی.

وأما کیفیه القرعه: « فهو أن یکتب کلّ نصف» من النصفین المتساویین قدراً وقیمه کما فی القسم الأول، أو قدراً فقط کما فی القسم الثانی « فی رقعه ویصف کلّ واحد بما تمیزه عن الآخر، ویجعل ذلک مصوناً فی ساتر کالشمع أو الطین، ویأمر من لم یطلع علی الصوره بإخراج أحدهما علی اسم أحد المتقاسمین فما خرج فله» .

أو « أن یکتب کلّ اسم» من اسمی الشریکین « فی رقعه، ویصونهما ویخرج علی سهم من السهمین، فمن خرج اسمه، فله ذلک السهم» .

قال فی (الجواهر) : والظاهر عدم وجوب خصوص کتابه الرقاع وعدم الصون فی ساتر، بل وعدم وجوب کون المأمور مکلّفاً، بل وغیر ذلک من القیود المزبوره، إذ المراد حصول التعیین من غیر اختیارهما أو وکیلهما، بل یفوّضان أمره إلی اللّه تعالی ویفعلان ما یفیده، وإن کان الأولی الاقتصار علی المأثور والمعهود (۲).

قلت: ومن ذلک عدم وجوب کتابه رقعتین، بل یکفی أن یکتب رقعه واحده علیها اسم واحد منهما، فیضع المأمور تلک الرقعه علی احدی الحصّتین، فیکون ما خرج لصاحب الاسم، والحصه الثانیه للآخر.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۴۴.

قال المحقق: « وإن تساوت الحصص قيمه لا ـ قدراً مثل أن يكون للواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقيمه أجزاء الملك متساويه، سوّيت السهام على أقلّهم نصيباً فجعلت أسداساً» (۱)ويعطى لكلّ واحد سهمه، وتكون العبره بالتعديل من حيث القيمه، بأن يعطى لصاحب السدس ما يساوى سدس المجموع قيمه، ولا يكتفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحه مثلاً.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۲.

مسائل ثلاث

المسأله الاولی: (فی الدار التی لها علو وسفل)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو کان لدار علو وسفل، فطلب أحد الشریکین قسمتها بحیث یکون لکلّ واحد منهما نصیب من العلو والسفل بموجب التعدیل جاز» (۱)بلا خلاف ولا إشکال فی (الجواهر) (۲).

قال: « وأجبر الممتنع مع انتفاء الضرر» (۳)أی: لما تقدم من أن المانع من الإجبار هو الضرر، فمع فرض انتفائه یجبر الممتنع منهما عن التقسیم.

قال: « ولو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم یجبر الممتنع» (۴).

أقول: قال فی (القواعد) : « بل أخذ کلّ منهما نصیبه من العلو والسفل بالتعدیل» (۵)أی کما فی الوجه الأول المتقدم، وعلّله « کاشف اللثام» بقوله: « لأن البناء تابع للأرض والعلو للسفل، فإنما یجبر علی قسمه تأتی علی الأرض، ولأن من ملک شیئاً من الأرض ملک قراره إلی الأرض السابعه وهواه إلی السماء، فلو

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۵۲.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۵- ۵) قواعد الأحکام ۳: ۴۶۴.

جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء والعلو عن القرار» (۱).

قلت: مضافاً إلى أنه قد تحدث حادثه توقع النزاع بينهما كما إذا انهدم سقف السفل، فإنه يقع النزاع بين مالك السفل ومالك العلو في تعميره.

وهناك وجه ثالث من التقسيم لا يجبر الممتنع فيه كالثانی، وقد ذكره المحقق بقوله: « وكذا لو طلب قسمه كلّ واحد منهما منفرداً» (۲)أو طلب قسمه أحدهما وبقاء الثانی على الشركه فامتنع الآخر عن ذلك.

وعلى الجمله، إن صور التقسيم مختلفه، والملاك العام ما ذكره المحقق قدّس سرّه سابقاً من أنه: متى لزم الضرر أو الردّ لم يجبر، ومتى لم يلزم اُجبر.

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۱۷۷.

۲- ۲) شرائع الاسلام ۴: ۱۰۴.

المسأله الثانیه: (فی قسمه الأرض التی فیها زرع)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو کان بینهما أرض وزرع، فطلب قسمه الأرض حسب، أُجبر الممتنع» (۱).

أقول: وقد نقل هذا عن الشیخ، بل الظاهر أنه رأی المشهور، وفیه تأملّ، لأنه إذا طلب أحدهما قسمه الأرض حسب فقال الآخر: لا، بل یقسم الکلّ، أی الأرض وما علیها، فلماذا یجبر هذا ولا یجبر ذاک؟ هذا غیر واضح عندنا.

قال المحقق: « لأن الزرع کالمتاع فی الدار» (۲).

أقول: یعنی فرق بین الأرض والبناء وبین الأرض والزرع، فإن البناء تابع للأرض التی بنی علیها، بخلاف الزرع فإنه لا یتبع الأرض بل هو کالمتاع فی الدار، فیجوز بیع الأرض مجرّداً عن الزرع لعدم التبعیه، کما تباع الدار ولا یباع معها المتاع الموجود فیها، ومن هنا، فإذا أراد أحدهما تقسیم الأرض وحدها أُجبر الممتنع، ولازم هذا أنه إذا طلب الآخر تقسیم الزرع أیضاً أُجبر الآخر علی ذلک لفرض الاستقلال.

قال: « فلو طلب قسمه الزرع، قال الشیخ: لم یجبر الآخر، لأن تعدیل ذلک

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

بالسهام غير ممكن (۱)، وفيه إشكال، من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله» (۲).

أقول: مفاد هذا الكلام هو الاختلاف فی إمكان التعديل وعدم إمكانه، لكن الزارعين - وهم أهل الخبره بالتقسيم فی جميع الحالات - إذا توقّفوا فی كيفيه التقسيم، يبيعون الزرع ويقسّمون ثمنه.

قال: « أما لو كان بذراً لم يظهر، لم تصح القسمه، لتحقق الجهاله» (۳).

أقول: لا خلاف فی هذه المسأله، لأن البذر الذی يظهر من الأرض لا يمكن تقسيمه، لعدم المساواه بين الحب الموجود فی هذا الجريب من هذه الأرض وبين الموجود فی الجريب الآخر، وإن كان القدر المتعارف بين الزارعين لكلّ جريب معلوماً، ولأنه لا يعلم الفاسد من غيره فی البذر الموجود فی هذه الأرض، فما ذهبوا إليه من عدم صحّه القسمه حينئذ هو الصحيح، بل لا عرفيه للقسمه فی هذه الصوره.

قال: « ولو كان سنبلاً، قال أيضاً: لا يصح، وهو مشكل، لجواز بيع الزرع عندنا» (۴).

أقول: قال الشيخ فی (المبسوط) : « فإن كان بينهما أرض فيها زرع، فطلب

۱- ۱) المبسوط فی فقه الاماميه ۸: ۱۴۱.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

أحدهما القسـمه، فإما أن يطلب قسـمه الأرض أو الزرع أو قسـمتهما معاً، فإن طلب قسـمه الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها، على أى صـفه كان الزرع، حبّاً أو قصـيلاً (۱)، أو سـنبلاً قد اشـتد، لأن الزرع فى الأرض كالمتاع فى الدار لا يمنع القسـمه فالزرع مثله، وأما إن طلب قسمه الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه، لأن تعديل الزرع بالسهام لا يمكن. وأما إن طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال:

إما أن يكون بذراً أو حباً مسـتتراً أو قصـيلاً، فإن كان حبّاً مدفوناً لم تجز القسمه، لأنا إن قلنا: القسمه إفراز حق فهو قسمه مجهول أو معدوم فلا تصح، وإن قلنا: بيع لم يجز لمثل هذا، وإن كان الزرع قد اشـتد سنبله وقوى حبّه، فالحكم فيه كما لو كان بذراً وقد ذكرناه، وإن كان قصـيلاً أجبرنا الممتنع عليها، لأن القصـيل فيها كالشـجر فيها، ولو كان فيها شـجر قسّـمت بشـجرها كذلك هنا» (۲).

أقول: لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيّداً، وإن حاول صاحب (الجواهر) بيانه، فلاحظ وتأمل.

ص:۵۲۸

۱- ۱) القصيل ما قطع من الزرع أخضر.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الاماميه ۸: ۱۴۱.

المسأله الثالثه: (فی قسمه القرحان المتعدّده)

قال المحقق: « لو كان بينهما قرحان متعدده، وطلب واحد قسمتها بعضاً فی بعض، لم يجبر الممتنع» (۱).

أقول: لو كان بين الشريكين أملاك متعدده، مستقل بعضها عن بعض، بحيث يرى أهل العرف التعدد فيها والاستقلال - بخلاف ما إذا كان التعدّد - تعدّد الغرف فی دار واحده، فإن العرف يرى الملك واحداً - فالمشهور عدم جواز الإجبار على تقسيم بعضها ببعض، بأن تجعل قطعه من العقار فی مقابل قطعه، بخلاف ما إذا كان الملك واحداً، فلا مانع من جعل غرفه فی مقابل غرفه.

وهذا يكون فی الدور المتعدده، والأراضی المتعدده، والدكاكين المتعدده، والحبوب المختلفه كالحنطه والشعير، أما فی الثياب - مثلاً - فيجوز مع التعديل فی القيمه.

وكلمات الأصحاب فی عدم الإجبار هنا مطلقه، أی سواء أمكن تقسيم كلّ واحد على حده أولا، وسواء كانت متجاوره أولا، وعن ابن البراج أنه قال: إذا استوت الدور والأقرحه فی الرغبات قسمت بعضها فی بعض. قال: وكذا لو تضرر بعضهم بقسمه كلّ على حده جمع حقه فی ناحيه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴.

وفی (الجواهر) التأمل فی تحقق هذه الشهره، لکن الظاهر تحققها - کما فی (المسالک) - ولم ینقل الخلاف فی (المختلف) و (مفتاح الکرامه) إلا عن ابن البراج قدّس سرّه، نعم، نقل موافقته عن بعض متأخری المتأخرین کصاحب (المدارک) (۱).

وأشکل فی (الجواهر) فیه بأن میزان التقسیم الذی یجبر علیه هو قاعده إیصال الحق إلی صاحبه، فإن أمکن التقسیم لکلٍّ علی حده بلا ضرر، فالمتعین تقسیم کلّ واحد، ولا یجبر علی تقسیم بعض ببعض، وإن لزم من ذلک ضرر أو لم یمکن أُجبر الممتنع، خلافاً للمشهور حیث منعوا عنه، وکان لازم منعهم بیع المال وتقسیم ثمنه کالجواهر الضیقه.

لکن وجه ما ذهب إلیه المشهور هو: إنّ التقسیم عباره عن تمییز حق کلّ من الشریکین عن حق الآخر بعد أن کان لکلٍ منهما کلّی النصف، فإن کان الملک واحداً أمکن تقسیمه بالتناصف، وأما إذا کانا شریکین فی مالین مختلفین عرفاً کالغنم والإبل مثلاً فإن قلنا لأحدهما: أعط حقّک من الغنم فی مقابل حقّک فی الإبل، کانت معاوضه ومبادله عند العرف ولیس تمییز حق عن حق.

وبعباره أُخری: إن أدله القسمه منصرفه عمّا إذا کان الجزء المشاع متمیزاً فی الخارج عند العرف، وإن موردها هو المال المتحد وان کان له أجزاء متعدده کالدار المحتویه للبیوت المتعدده.

فهذا وجه ما ذهب إلیه المشهور، وما ذهبوا إلیه هو الأظهر.

قال المحقق: « ولو طلب قسمه کلّ واحد بانفراده أُجبر الآخر، وکذا لو کان

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۵۵، مسالک الأفهام ۱۴: ۵۳.

بينهما حبوب مختلفه» (۱).

أقول: هذا لا خلاف فيه كما فی (الجواهر) (۲)ولا إشكال، لما تقدّم من أنه فی كلّ مورد أمكن التقسيم بلا ضرر، أُجبر الممتنع عنه على ذلك.

قال: « ويقسم القراح الواحد وإن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت لبنتها» (۳).

أقول: أی لأن الأصل هو الأرض، والأشجار توابع كالابنيه، كما عرفت سابقاً.

وعن الشيخ: ويفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، ولكلّ قراح طريق ينفرد به لأنها أملاك متميزه، بدليل أنه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاوره له، وليس كذلك إذا كان القراح واحداً وله طريق واحده، لأنه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعه فيه مما بقی، وأصل هذا وجوازه على الشفعه، فكلّ ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعه فهو الملك المجتمع، وكلّ ما إذا بيع بعضه لم تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاكاً متفرقه» (۴).

قلت: إن الشيخ قدّس سرّه يعطی ملاك الوحده والتعدّد فی هذا المقام بهذا الكلام، وأما من حيث الفتوى فيوافق المشهور.

ولم يفرق المشهور فی الملك بين المتّحد سبباً والمختلف كالشراء والإرث وهو الصحيح، خلافاً لصاحب (الجواهر) حيث فرّق بينهما كما عرفت سابقاً.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۴ - ۱۰۵.
۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۵۹.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.
۴- ۴) المبسوط فی فقه الاماميه ۸: ۱۴۵.

قال المحقق: « ولا تقسم الدكاكين المتجاوره بعضها فی بعض قسمه إجباره، لأنها أملاک متعدده يقصد كلّ واحد منها بالسكنی علی انفراده، فهی كالأقرحه المتباعده» (۱).

أقول: وعن العلامه فی (الإرشاد) الحكم بأن الدكاكين المتجاوره يقسم بعضها فی بعض دون الدور والأقرحه (۲)، وظاهر (الجواهر) (۳)موافقته علی ذلک قال: إنها واحده، لأن الأصل الأرض والبناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، ولعلّه لذا حكم فی (الإرشاد) بالجبر، وهو كذلک مع فرض عدم إمكان قسمه كلّ واحد منها بانفراده. وفيه: إن الأرض التی عليها الشجر تكون أرضاً واحده عند العرف وإن كان شجرها مختلفاً، لأن الأشجار توابع للأرض، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض، وكذا الأمر فی الدار، لكن نظر العرف فی الدكاكين إلی البناء والأرض تابع له، ولذا يقولون: باع زيد الدكان، أما فی الأرض المشجّره فيقولون: باع زيد الأرض.

مضافاً إلی أن المتحقق عند العرف فی مورد الدكاكين هو المعاوضه والمبادله، بخلاف الحال بالنسبه إلی بيوت الدار، فهذا المورد مصداق للإفراز عندهم دون ذاک.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.
۲- ۲) إرشاد الاذهان ۱: ۴۳۴.
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۳۵۹.

النظر فی اللّواحق وهی ثلاث:

الأولی: (لو ادعی بعد القسمه الغلط)

قال المحقق: « إذا ادّعی بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه، فإن أقام بینه سمعت وحکم ببطلان القسمه، لأنه فائدتها تمییز الحق ولم یحصل، ولو عدمها فالتمس الیمین کان له إن ادّعی علی شریکه العلم بالغلط» (۱).

أقول: لا فرق بین أن نأخذ (الغلط) بمعنی الإشتباه أو بمعنی عدم صحّه التقسیم وإن کان عن عمد. وقوله (لم تسمع دعواه) أی مع عدم البینه، ومن المدّعی علیه الغلط؟ إنه القاسم، وقال ثانی الشهیدین: « لا فرق فی عدم سماع دعوی الغلط فی القسمه بمجرّدها بین کون القاسم منصوب الامام ومن تراضیا به وأنفسهما، لأصاله صحه القسمه إلی أن یثبت المزیل، ولأن منصوب الإمام کالقاضی لا یسمع الدعوی علیه بالظلم» (۲).

قال المحقق الآشتیانی قدّس سرّه: « وقد تنظرّ فیه الاستاد العلامه بأن مرجع

ص:۵۳۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.
۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۵۵.

دعوی الغلط فی القسمه إلی إنکار أصل القسمه، فلیس هناک قسمه مسلم الوقوع بین الشریکین قد وقع النزاع فی صحتها وفسادها حتی یحکم بصحتها، ولا ـ یتوهّم جریان هذا الإشکال فی سایر المقامات أیضاً، بأن یقال إن مرجع نزاع المتبایعین فی صحه البیع وفساده إنکار أصل البیع، فإن البیع العرفی هناک متحقق مسلم الوقوع بینهما، وإنما یدعی أحدهما فساده من جهه عدم مراعاه بعض ما اعتبر فیه شرعاً، وهذا بخلاف المقام، فإن مرجع النزاع فیه إلی إنکار أصل القسمه العرفیه، ضروره أن القسمه من دون التعدیل لا تسمی قسمه عرفاً أیضاً، والحاصل أن القسمه عباره فی العرف عن التمییز والإفراز حسبما عرفت سابقاً، فإن سلم وقوعها فلا معنی لدعوی غلط أحد الشریکین فیها، وإلا فمرجع النزاع إلی أصل وقوعها» (۱).

قلت: حاصل کلامه عدم انقسام القسمه إلی الصحیحه والفاسده، بل أمرها یدور بین الوجود والعدم، ولیس الأمر کما ذکره، بل فی القرآن الکریم: «Bتِلْکَ إِذاً قِسْمَهٌ ضِیزیٰ» (۲).

قال الآشتیانی: « ثم أجاب دام ظلّه عن الإشکال المذکور بوجهین، أحدهما:

أن یکون المراد بالقسمه هی صورتها، لا القسمه الحقیقیه فیقال: إن الأصل صحّه ما وقع من صوره القسمه المسلمه بینهم» .

قلت: ولم یتّضح لنا معنی هذا الکلام.

قال: « ثانیهما: أن یکون المراد منها سبب القسمه، أی فعل القاسم الذی هو

۱- ۱) کتاب القضاء للاشتیانی: ۳۲۶.

۲- ۲) سوره النجم ۵۳: ۲۲.

سبب لتحقق التميز، فإنه قد يقع ولا يترتّب عليه التميز والإنعزال، وقد يقع ويترتب عليه، وقد يقع ويشك فى ترتبه عليه، فالأصل الترتب نظراً إلى أصاله الصحه فى الفعل الواقع من المسلم» (۱).

وكيف كان: « فإن أقام بيّنه سمعت وحكم ببطلان القسمه» وذلك كما قال المحقق « لأن فائدتها تمييز الحق ولم يحصل» التمييز، لبقاء مقدار من حق أحدهما فى سهم الآخر، وطريق إقامه البيّنه - كما فى (المسالك) - أن يحضرا قاسمين حاذقين لينظر أو يمسحا ويعرفا الحال ويشهدا (۲)، فإن شهد القاسم - وآخر معه - بصحه القسمه قال العلامه: إن كان عمله بأُجره فهو متهم وإن كان مجاناً اعتبرت الشهاده ووقع التعارض بين البينتين (۳)، لكنه مشكل - كما فى (الجواهر) - لأن شهاده الإنسان فى حق نفسه غير مسموعه، بل لا تقبل فى عمل الغير الذى يرجع إليه، نفعه، نعم، يكون قوله حجه فى صوره شك أحد الشريكين والسؤال منه من دون مرافعه.

وكيفيه إقامه الدعوى عند الحاكم على القاسم أن يقول للحاكم: لقد قامت البينه عندى على وقوع الخطأ فى القسمه فيقول له: أحضرها، كذا عن (مفتاح الكرامه) وقيل: لا تسمع الدعوى على قاسم الحاكم حتى مع البيّنه، وهذا مشكل.

فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البينه، فإن كان له بينه وأقامها سمعت وترتب الأثر على ذلك.

ولو عدم المدعى البينه، فهل له التماس اليمين؟ قال المحقق: كان له. . . فمن

۱- ۱) كتاب القضاء للآشتيانى: ۳۲۶.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۵۵.

۳- ۳) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۵. ما نقل عن العلامه مفهوم كلامه لا صريح كلامه.

یکون الحالف حینئذ القاسم أو الشریک؟ قال المحقق: الشریک. وهل یحلّفه مطلقاً؟ قال المحقق: لا، بل إن أدّعی علی الشریک العلم بالغلط.

وتوضیح ما ذهب إلیه المحقق هو: إنه إن أدعی علی الشریک علمه بالغلط - بأن یقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو یدّعیه علیه بعد العمل - فإن أقرّ الشریک فلا کلام، وإن أنکر أحلفه الحاکم، فإن حلف علی نفی العلم سقطت الدعوی، وإن نکل ثبتت الدعوی بناء علی ثبوتها بالنکول، وأما علی القول بعدم کفایه النکول ردّ الیمین علی المدعی، فإن حلف ثبتت وإلا سقطت.

أما القاسم فلا یحلف، لأنه إن حلف بعدم الغلط کانت النتیجه للغیر وهو المدعی علیه، وإن أقرّ لا یعتبر إقراره، لأن نفعه یعود إلی المدّعی، والمفروض أن الشریک لا یصدقه.

فإن کان القاسم منصوباً من قبل الحاکم فلا یحلف بالأولویّه.

وقال جماعه بجواز حلف الشریک علی نفی الواقع، بل قیل إنه المشهور بین الأصحاب خلافاً للمحقق.

ولو أنهما قسّما المال بأنفسهما، فادعی أحدهما وقوع الغلط وأنکر الآخر، فلا یحلف المنکر مع عدم البینه إلا علی نفی العلم بالغلط والاشتباه.

هذا کلام المحقق، وقد وافقه فی (الجواهر) خلافاً للآخرین.

أقول: والحق ما ذهب إلیه المحقق، لأن القاسم لا یحلّف، لأن یمینه فی حق الغیر ولا یحلف الشریک علی نفی الواقع، لأنه فی فعل الغیر، فتبقی الیمین علی نفی العلم، وکذا الأمر فیما إذا قسما بأنفسهما، فإنه لا یمکن إحلاف الشریک علی نفی الواقع، مع أن المدّعی قد شارکه فی هذا التقسیم حسب الفرض.

ص:۵۳۶

وقال المحقق الكنی ما حاصله (۱): إن الغلط یکون تاره: بمعنی المصدر المبنی للفاعل، وعلیه، فلا یمکن إحلاف الشریک علی نفی الغلط من القاسم، وأخری: یکون بمعنی المصدر المبنی للمفعول، فهنا یجوز إحلافه وله الحلف علی نفی وقوع الغلط إن کان عالماً، فمن قال بعدم الجواز، فقد أخذ الغلط بذاک المعنی، ومن قال بالجواز أخذه بهذا المعنی. وبذلک یجمع بین القولین.

أقول: وبناء علی کون (الغلط) بمعنی المصدر المبنی للمفعول، یمکن أن یکون المدّعی علیه هو الشریک، کما إذا کان بنفسه دخیلاً فی القسمه أو ناظراً لها، وحینئذ یکون حلفه فی فعل نفسه، وکذا لو ادّعی علیه وجود شیء من حقه فیما بیده من المال، فله أن یحلف علی القطع والبت إن کان عالماً وإلا ردّ.

ولعلّ هذا هو مراد من نصّ علی جواز إحلاف الشریک وإن لم یدّع علیه العلم.

ص:۵۳۷

۱- ۱) کتاب القضاء: ۴۲۳.

الثانيه: (إذا أقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا، فإن كان معيناً مع أحدهما بطلت القسمه، ولو كان فيهما بالسويه لم تبطل ط ولو كان فيهما لا بالسويّه بطلت. . .» (۱).

أقول: قال الشيخ قدّس سرّه في (المبسوط) : « إذا كانت يدهما على ضيعه ثلاثين جريباً فاقتسماها نصفين، فبان ثلثها مستحقاً، فإن المستحق يتسلم حقّه، وأما القسمه فلا يخلو المستحق من أحد أمرين، إما أن يكون معيناً أو مشاعاً، فإن كان معيناً نظرت فإن حصل في سهم أحدهما بطلت القسمه، لأن الإشاعه عادت إلى حق شريكه، وذلك أن القسمه تراد لإفراز حقه عن حق شريكه، فإذا كان بعض ما حصل له مستحقاً كان حقه باقياً في حق شريكه، فأما إن وقع المستحق في نصيبهما معاً نظرت، فإن وقع منه مع أحدهما أكثر مما وقع مع الآخر، بطلت القسمه أيضاً لما مضى، وإن كان فيهما سواء من غير فضل أخذ المستحق حقه وينصرف، وكانت القسمه في قدر الملك الصحيح صحيحه، لأن القسمه إفراز الحق وقد أفرز كلّ واحد منهما حقّه عن حق شريكه، هذا إذا كان المستحق معيّناً، وأمّا إن كان

ص:۵۳۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.

مشاعاً. . .» (۱).

فنقول: إذا اقتسم المتقاسـمان المال بينهما، ثم ظهر كون بعض المال مسـتحّقاً لغيرهما، فتاره: يكون المال المسـتحق للثالث معيّناً، وأخرى: يكون مشاعاً، فإن كان معيّناً فهنا صور:

الاُولى: أن يكون المـال المسـتحق مع أحـدهما دون الآخر، فهنا تبطل القسـمه بلا إشـكال ولا خلاف، لبقاء الشـركه حينئـذ فى النصيب الآخر، لعدم تحقق التعديل بين النصيبين.

والثانيه: أن يكون المال المسـتحق فى مال المتقاسـمين كليهما بالسويّه، وهنا لا تبطل القسـمه بلا خلاف ولا إشكال، لأن الغرض من القسـمه - وهو إفراز كلّ واحـد من الحقّين عن الآخر - حاصل، فالقدر المسـلّم به زوال الشـركه الكائنه بينهما بهذه القسـمه، وأما كون الثالث شـريكاً مع كلٍّ واحد، فهذا فيه بحث سيأتى. وما عن بعض العامّه من احتمال بطلان القسمه هنا لتبعض الصفقه، ضعيف، لأنه مبنى على أن القسمه بيع، وقد تقدّم أنها معامله مستقله وليست ببيع.

والثالثه: أن يكون المال المسـتحق فيهما لا بالسويّه، ففى هذه الصوره تبطل القسـمه، لعدم تحقق الشـرط فى القسمه وهو التعديل بعد إخراج سـهم الثالث. وحيث يتحقق التعديل فيحكم بصـحه القسمه، كما فى الصوره الثانيه، فلا حاجه إلى تقييد ذلك بما إذا لم يحـدث نقص فى حصّه أحـدهما بأخذ المال المسـتحق، ولم يظهر به تفاوت بين الحصّتين، مثل أن يسدّ طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه، لوضوح

۱- ۱) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۱۴۲.

بطلان القسمه حينئذ، لعدم تحقق التعديل.

وكـذا الأمر لو ظهر فى نصيب أحدهما عيب، وقيل هنا بعدم البطلان بل هو مخيّر بين أخذ الأرش والفسخ بالإقاله. وفيه: إن أدلّه الإقاله لا تأتى فى القسمه، لأنها ليست ببيع كما تقدّم (۱).

وكذا لا يأتى فى القسمه خيار الغبن لما ذكرنا.

ولما ذكرنا أيضاً: لا حرمه لما يحدثه أحدهما فيما بيده من بناء ونحوه لو ظهر الاستحقاق - بخلاف البيع، فإن ذلك له حرمه لو أرادا الفسخ - فيكون نظير ما إذا بنى داراً على أرض ظانّاً بأنها ملكه فبانت لغيره، فلا يستحق شيئاً على صاحب الأرض - إلا إذا كان مغروراً فإنه يرجع على من غرّه - نعم له نقل الأعيان التى تكون له مع الإمكان، وكذا لو استعار كتاباً ثم صحّحه ظانّاً بأن ملكه، فليس له مطالبه أجره فى مقابل عمله من مالكه.

نعم، لو كان الحاكم هو السبب فى الضرر، أمكن القول بكون الضرر على بيت المال.

هذا كلّه إن كان المستحّق معيناً.

قال المحقق قدّس سرّه: « وإن كان المستحق مشاعاً معهما، فللشيخ قولان (۲):

ص:۵۴۰

۱- ۱) اللهم إلا أن يقال بجريان عمومات الإقاله فى كلّ معاهده، سواء كانت حاصله بالعقد أو غيره، لأن الإقاله هى بمعنى إزاله الأثر. فتأمّل.

۲- ۲) قال الشيخ (المبسوط ۸: ۱۴۲) : « وأما إن كان مشاعاً فى الكلّ، بطلت فى قدر المستحق ولم تبطل فيما بقى، وقال قوم تبطل فيما بقى أيضاً، والأول مذهبنا، والثانى أيضاً قوى، لأن القسمه تميز حق كلّ واحد منهما عن صاحبه، وقد بان أنه على الإشاعه. والعلّه الجيّده فى ذلك أنهما اقتسماها نصفين وثلثها لثالث غائب، ومن قسم ما هو شركه بينه وبين غيره بغير حضوره، كانت القسمه باطله، ويفارق هذا البيع، لأن لكلّ واحد من الشريكين أن يبيع نصيبه بغير إذن شريكه» .

أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحق، والثانی: تبطل، لأنها وقعت من دون إذن الشريک، وهو الأشبه» (۱).

أقول: لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقاً لغيرهما، فإن كان مع سهم كلا الطرفين، شارک كلا منهما فيما وصل إليه بالإشاعه، فالقسمه بين المقتسمين متحققه وليس الكلّ شركاء فی الكلّ، لكن شركه الثالث معهما يتوقّف على الإذن، وحينئذ فهل يؤثّر رضاه بعد تلک القسمه التی أدّت إلى هذه الشركه فضوله؟ الظاهر ذلک، كما إذا كان أخوان شريكين فی مال فمات أحدهما، فقسّم المال بين الباقی منهما وابن الميت، ثم ظهر للولد أخ، فإنه يشترک مع أخيه فی النصف مشاعاً، ويستقل عمّهما بالنصف الآخر، فإذا حضر الأخ وأجاز القسمه هذه صحّت، وفيما نحن فيه، إذا أجاز المستحق كان شريكاً معهما، بمعنى انحلال الشركه الاولى وحدوث شركه جديده، فيكون نظير ما إذا قسّم المال المشترک بين أربعه إلى قسمين يشترک كلّ اثنين منهما فی قسم.

وكما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف، وكان أحدهما يسوى عشرين ديناراً، والآخر يسوى عشره دنانير، فلو طالب أحدهما الاستقلال فی تملّک الرخيص منهما جاز، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا، وتبقى ثلاثه أرباع النفيس للآخر، فقد تبدّلت شركتهما بهذه القسمه إلى نحو آخر من الشركه، ولما ذكرنا قال فی (الجواهر) (۲): ربما ظهر من تعليل المصنّف وغيره الصحّه مع الإذن، على أن تكون حصته مشاعه معهما، وحينئذ فلحوقها كاف.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۶۶.

وبـالجمله: إذا أمضـى يكون شـريكاً مع كـلّ واحـد فيما بيـده بالنصف مشاعاً فى الفرض المـذكور أوّلاً، وهـذا كلّه فيما إذا كان التقسيم بالتعديل، وإلا بطلت القسمه.

ولو كـان فى سـهم أحـدهما حيوان مثلاً، فتلف، فإن كانت القسـمه صـحيحه فهو فى ملكه، وإن كانت باطله ثبت الضـمان، سواء كان التلف بسببه أو بسبب غيره، لأن المأخوذ بالقسمه الباطله حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد.

ص:۵۴۲

الثالثه: (لو قسّم ترکه المیت ثم ظهر علیه دین)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو قسّم الورثه ترکه ثم ظهر علی المیت دین، فإن قام الورثه بالدین لم تبطل القسمه، وإن امتنعوا نقضت وقضی منها الدین» (۱).

أقول: مذهب المحقق قدّس سرّه هو أن الترکه تبقی علی حکم مال المیت، فإن أدّی الورثه الدین کان لهم المال، وإلا کان للدیّان أخذ الترکه فی مقابل حقّهم، وبعباره اخری: إنه یتعلّق بالترکه حق الورثه، بأن تکون لهم بعد أداء دین مورّثهم، ویتعلّق بها حق الدیان. بأن یأخذوها فی مقابل الدین إن امتنع الورثه عن أدائه، فتکون الترکه مورداً لتعلّق حقّین طولیین، کالمال المرهون.

وقال العلامه فی (القواعد) : « ولو قسم الورثه الترکه وظهر دین، فإن أدّوه من مالهم، وإلا بطلت القسمه، ولو امتنع بعضهم من الأداء بیع من نصیبه خاصّه بقدر ما یخصّه من الدین، ولو اقتسموا البعض وکان فی الباقی وفاء، اُخرج من الدین، فإن تلفت قبل أدائه کان الدین فی المقسوم إن لم تؤدّ الورثه» (۲)وحاصل العباره: إن الورثه یملکون الترکه ملکیه متزلزله، فإن أدّوا الدین استقرّت وإلا أخذ الدیان الترکه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۵.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۶۶.

وكيف كان، فإن قسّم الورثه التركه وظهر الـدين، فتاره: يكون الدين مسـتوعباً لها، واخرى: لا يكون كذلك، فبناءاً على مختار (القواعـد) وبعضـهم قـد قسـموا مالاً هو لهم، فالقسـمه صـحيحه، وحينئذ يتعلّق حق الديّان - المتعلّق سابقاً بكلّى التركه - بالسـهام المتشـخصه بالتقسـيم والمتحققه خارجاً بيـد كلّ واحد من الورثه، فإن أدّوا جميعهم الدين فقد اسـتقرّ ملكهم، وإن أدّى بعضـهم دون بعض، فقد استقرّت مالكيه من أدّى دون من امتنع.

قـد يقـال: إن هـذه التركه تكون كالمال المرهون الـذى ليس لصاحبه، ولا يجوز للمرتهن التصـرف فيه إلا مع إذن الآخر، فكيف تكون قسمه الورثه للتركه صحيحه بدون إذن الديّان، حتى يتشخص بهذه القسمه متعلّق حقّهم بعد أن كان كلّياً؟

لكن يمكن الجواب عنه: بأنه لا مانع من التصـرّف غير المنافى لحق الديّان، فإن أدله الإرث والقسـمه تقتضـى جواز التقسـيم، ولا يعارض ذلك مقتضـى أدلّه وجوب أداء الدين، غير أن متعلّق حق الديان أصـبح شخصيّاً بعد أن كان كلّياً، وهذا لا مانع منه، لأنه يكون نظير مـا إذا أدّوا نصف الـدين قبـل التقسـيم وبقى النصف الآـخر، نعم، لو كـان الشأن بحيث إذا لم يؤدّ جميع الـدين كان جميع التركه كالمال المرهون من حيث عـدم جواز التصـرف فيه إلا مع الإذن، بطلت القسـمه وإن لم يمتنع بعض الورثه عن أداء ما عليهم.

وعليه، فلو مـات المورّث وعليه الخمس، واقتسم الورثه التركه، فأدّى بعضـهم ما عليهم وامتنع البعض الآخر، فعلى التقـدير الأول: يكون من أدّى ما عليه بالنسـبه - من المال الواجب أداؤه من جهه الخمس الـذى كان على الميت - مالكاً لما بيده، ومن امتنع لم يجز له التصرف فيما بيده، وعلى التقدير الثانى: لا يجوز

لأحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كلّه. إلا أن فى هذا المورد بالخصوص نصّاً يقتضى الوجه الأول (١).

إذن، يصحّ التقسيم بناءاً على الملكيه المتزلزله إلا فى الصوره المذكوره، وإن هذا المقدار من التصرف بدون إذن الديّان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما إذا اشتريا مالاً مع خيار الفسخ للبائع مده معينه، فلا مانع من أن يقسما المال بينهما، فإن أخذ البائع بالخيار فى المده، استرجع ما فى يد كليهما ولا إشكال فيه.

وأما على مبنى المحقق، فيشكل بأنه كيف تصحّ القسمه فى مال الغير؟ وكيف يباع سهم الممتنع عليه مع أنه للغير؟

وأُجيب: بأن المال وإن لم يكن للورثه، إلا أنه متعلّق لحق شرعى لهم، فحيث أدّوا الدين تنتقل التركه إليهم وتكون ملكاً لهم، فهم فى الحقيقه قد قسّموا مالاً متعلّقاً لحقّهم، ويملك كلّ واحد منهم ما وقع إليه، بأداء المقدار المتعلّق من الدين به، ويكون الحاصل: صحّه القسمه بالنسبه إلى من أدّى وبطلانها بالنسبه إلى من امتنع، بمعنى عدم جواز تصرّفه فيما وقع إليه لا بمعنى بطلان القسمه.

ولو ظهرت وصيّه تمليكيه بعد القسمه، فإن كانت بإنشاء تمليك مال بعد الموت، فتماميتها تتوقّف على قبول الموصى له، فإن قبل كان المال ملكاً له، وإن

ص:۵۴۵

---

١ – ١) عن إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام « فى رجل مات فأقرّ بعض ورثته لرجل بدين. قال: يلزمه ذلك فى حصته) وسائل الشيعه ١٩: ٣٢۴ باب ٢۶ / اذا أقر واحد. وعن أبى البخترى وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: « قضى على عليه السلام فى رجل مات وترك ورثه، فأقرّ أحد الورثه بدين على أبيه: إنه يلزمه ذلك فى حصّته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك عليه من ماله كلّه. . .» التهذيب ٩ / ٣٧٢ (٢٣) .

كانت وصيه بتمليك مال إليه، فإن ملّكه الوصى كان ملكه، وإلا كان فى حكم مال الميت، فلا يتصرف فيه أحد ولا يقسّم بين الورثه.

ومحلّ الكلام فيما إذا قسّم المال ثم ظهر كونه مورداً للوصيه التمليكيّه، ففى (الدروس) (۱)و (المسالك) (۲)إنه إن كانت الوصيّه وصيه مال من غير إضافه لها إلى مال معين، كانت كالدين، وإن كانت مضافه كأن يوصى بدفع عشر ماله مثلًا، كانت كالمال المستحق فى الحكم المذكور سابقاً.

أقول: جعلهم الوصيه فى الصّوره الاولى كالدين، فيه تأمّل، لأنه فى الدين ذمه الميت مشغوله، وأما إذا قال: إدفعوا من مالى مأه أو ادفعوا هذه المائه، كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصى، لا باقياً فى حكم مال الميت حتى يكون كالدين، ولا للوارث كما اختار صاحب (الجواهر) (۳)فى الدين، ولا يصحّ أن نعتبر الآن اشتغال ذمّته بعد الموت، إذ لا عرفيّه لذلك.

ولو أرسل وقال: إدفعوا مائه، فإنه لا مناص من أن يجعل من المال بمقدار المائه للموصى له، فلو عادلت المائه عشر المال كان العشر له بالإشاعه، ويمكن أن يكون كالصّاع من الصّبره، وحينئذ، يكون لهم التصّيرف فى المال، حتى إذا بقى المقدار الموصى به وانحصر الكلّى فى الفرد، منعوا من التصرّف فيه، لأنه ملك للموصى له.

بخلاف ما إذا كان بنحو الإشاعه، فلا يجوز التصرّف فى شىء من المال إلا بإذن الموصى له، لأن المفروض أنه يشاركهم فى كلّ جزء جزء من المال. وكيف كان

۱- ۱) الدروس الشرعيه ۲: ۱۱۹.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۵۸.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۳۶۸.

فليس هذا كالدين.

وبناءاً على ما ذكرنا، يكون حكم قسمه هذا المال حكم قسمه المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوارث، وقد تقدّم الكلام عليه.

ولا يبعد أن تكون القسمه صحيحه حتى لو كان مع التصرّف المحرّم لعدم الإذن - نظير ما إذا غصب مالاً وباعه لنفسه معاطاه فضوله فأجاز المالک، فالبيع صحيح وإن كانت تصرفاته محرّمه، لجواز اجتماع الحكم التكليفى - وهو حرمه التصرف - مع الحكم الوضعى وهو الصّحه. ولو كان مورد القسمه أرضاً فقسّموها، فوقع مجرى ماء أحد السهمين فى السهم الآخر، لم يجز لصاحب هذا منع الماء، ولو قسموا داراً كبيره لها بابان، فكان لكلّ من السهمين باب، فلا يجوز لأحدهما الدخول من باب الآخر - إلا مع إذنه - وإن كان هذا الباب أوسع أو أقرب، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد ولا يمكن إحداث باب آخر، فلا يجوز لهذا منعه.

هذا، وهل لولّى الطفل أو المجنون المطالبه بالقسمه؟ إن كان فى القسمه مفسده للمولّى عليه، فلا ريب فى العدم، وهل يكفى عدم المفسده أو يشترط وجود المصلحه له؟ قولان، ومع تساوى الأمرين ف الشركه وعدمهاف من حيث المصلحه، فهل يجوز له أن يطالب بالقسمه؟ قولان، وقيل: فى هذه الصوره تكون أُجره القسّام على الولى نفسه.

أقول: والأحوط أن لا يطالب الولى بالقسمه إلا فى صوره وجود المصلحه للمولّى عليه، لأن الاجره تكون على المولى عليه لا على الولى.

وحيث يطلب الشريک القسمه ولا مفسده للمولى عليه، فهل يجبر الولى؟ الظاهر ذلک، وكذا العكس لكن عليه الاجره.

ص:۵۴۷

الكلام فی: أحكام الدعاویٰ

تعریف المدّعی:

اختلفت کلمات الأصحاب فی تعریف « المدعی» الذی استفاض ذکره فی نصوص کتاب القضاء، فعرّفوه بتعاریف:

قال المحقق: « وهو الذی یترک لو ترک الخصومه» أی: هو الذی یخلّی سبیله ویسکت عنه لو سکت عن الخصومه. وهذا التعریف للمحقق وجماعه بل قیل إنه المشهور.

« وقیل هو الذی یدّعی خلاف الأصل أو أمراً خفیّاً» (۱)أی: منافیاً للظاهر الشرعی قال فی (الجواهر) « وعن بعضهم حکایه التفسیر بالمعطوف خاصه عن بعض، وبالمعطوف علیه خاصه عن آخر. وحینئذ تکون الأقوال أربعه» (۲).

وقد نوقش الأول بعدم الإنعکاس أو عدم الإطّراد، فقد یترک المدّعی الدعوی أو المدّعی علیه وتبقی الخصومه، فلو أودع مالاً عند شخص فادّعی ردّه علیه فأنکر صاحب المال، لم یترک المدّعی لو ترک دعوی الرد بل یطالب بالرد.

وأجاب فی (الجواهر) بأن مطالبه المدّعی بالیمین والمنکر بالبینه لا یخرج المدّعی عن کونه مدّعیاً، بل ذلک مقتضی الدلیل الشرعی فی بعض الموارد بنحو التخصیص.

ص:۵۵۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۷۱.

وفی (العروه) : إن هنا دعویین، احداهما: الإیداع عنده، والثانیه: دعواه الردّ، فلو ترک هذا دعوی الرد انتفت الخصومه الثانیه، ولکن الاولی باقیه (۱).

والمراد من « الأصل» فی التعریف الثانی هو القاعده الکلّیه، أعمّ من الأصل والأمارات کالید والإستصحاب، فالأصل فی الید دلالتها علی الملکیّه، فمن ادّعی علی خلاف مقتضاها قیل له أنت تدّعی خلاف الأصل.

وقد یراد من « الظاهر» معنی غیر « الأصل» ، کما لو أرخی الزوجان الستر ثم اختلفا فی الدخول، فادّعته الزوجه وادّعی الزوج العدم، کانت دعوی الزوج مخالفه للظاهر.

ولو أسلم الزوجان، فادّعت الزوجه التقارن فالنکاح باق، وأنکر الزوج فهو باطل، فإن مقتضی الأصل هو عدم الإسلام المقارن، وأصاله عدم المقارنه مثبته.

هذا، ولکن الأولی - وفاقاً للجواهر - هو الرجوع إلی العرف فی تشخیص المدّعی من المنکر، وفی مورد التداعی - حیث یصدق « المدّعی» علی کلیهما - یطالبان معاً بالبینه، وحیث یشک یعیّن المدعی من المنکر بالقرعه.

وفی العرف: المدّعی هو من یرید إثبات حق له علی غیره فیطالب به عند الحاکم، أو یرید التخلّص من حقٍ لغیره علیه، کأن یدّعی إرجاع الأمانه وتسلیم الودیعه وأداء الدین.

فیکون الحاصل وجوب إقامه البینه علی من کان عند العرف مدّعیاً والیمین علی من کان عندهم منکراً، لأن الخطابات الشرعیه مثل « البینه علی المدعی

۱- ۱) العروه الوثقی ۳: ۳۵.

واليمين على المـدّعى عليه» أو « على من أنكر» ونحوها، ملقاه إلى العرف العام، وليس للشارع جعل خاص لموضوعات الأحكام فى هـذه الموارد – وإن قيل بـذلك فى خصوص المدّعى – فتشـخيص الموضوع بيد العرف، نعم، قد يخطأ العرف فى تشـخيص موضوع من موضوعـات الأحكـام، وحينئـذ لا يوكـل الشـرع الأمر إلى العرف فى ذاك المورد، بل يعيّن موضوع حكمه بنفسه، وهذا لا ينافى كون خطاباته ملقاه إلى العرف.

فـالتحقيق فى المقـام ما ذكرناه، ومن عرّف المـدّعى بنحو من الأنحاء المـذكوره، فقـد لحظ المعنى الأكثر انطباقاً فى الموارد فى نظره، وجعله عنواناً كلّياً، وإلا فلا دليل فى الكتاب والسنه ولا قرينه على تعيين أحد تلك التعاريف.

وحيث عيّن العرف المدّعى – ولم يخطّئه الشارع – توجّه إليه الوظيفه الشـرعيه فى إقامه الدعوى، سواء ترك المخاصمه لو ترك أولا، وسواء كانت دعواه مخالفه للأصل أو الظاهر أو موافقه.

ثم إنه قد يختلف الأمر باختلاف مصبّ الدعوى.

ففى الإجاره مثلاً قـد يـدّعى المسـتأجر وقوع الإجاره بمائه، ويـدّعى الموجر وقوعها بمأتين، فهنا كلّ منهما يـدّعى شـيئاً وينكر ما يـدّعيه الآخر، فيقع التـداعى وعليهما البينه، وقـد يكون مصبّ الـدّعوى المأه المختلف فيها، وحينئـذ يكون القائل بالمأتين – وهو الموجر – مـدّعياً وعليه إقـامه البينه، والمسـتأجر منكراً وعليه اليمين، فـإن أقـام الموجر البيّنه ثبتت المأه على المسـتأجر وإلا حلف وسقطت دعوى الموجر.

وفى الدين: إن طالب الدائن بالمال وأنكر المدين، كان الأول هو المدّعى، وإن قال المدين: قد أديت الدين، انقلب مدّعياً وكان عليه إقامه البيّنه على الأداء.

ص:۵۵۳

وفی البیع، کأن یقول بعت بعشرین، ویقول المشتری: بل بعشره، أو یقول: بعتک بعشرین دیناراً من ذهب، فیقول المشتری: بل من فضّه، أو یقول: بعتک هذا الشیء، فیقول: بل وهبتنی إیّاه، وتظهر الثمره فی الفرض الأخیر عند تلف العین مع الفساد، فإن کان الواقع بیعاً فاسداً ضمن الآخذ، وإن کان هبه فاسده لم یضمن.

ولو کان مورد المخاصمه هو الضمان، فهذا یدّعی اشتغال ذمه الآخر وذاک ینکر، وحینئذ یکون الملاحظ نتیجه النزاع، ولا ینظر إلی الإختلاف فی عنوان المعامله وأنها کانت هبه أو بیعاً، أمّا إذا کان مورد النزاع هذه الناحیه، فإنه یقع التعارض بین الدعویین، لجریان أصاله العدم فی کلا الطرفین.

ومع الجهل بمصبّ الدعوی ومورد المخاصمه یعیّن بالقرعه.

وکیف کان، فإن الملاحظ هو نظر العرف فی تعیین المدّعی والمنکر، ویؤخذ بنظر الإعتبار مصبّ الدعوی، إذ الأمر یختلف باختلافه کما مثّلنا.

الشروط المعتبره فی المدّعی:

(البلوغ)

وکیف کان، فقد ذکر المحقق قدّس سرّه الشروط المعتبره فی المدّعی بقوله: « ویشترط فیه: البلوغ، والعقل، وأن یدّعی لنفسه أو لمن له ولایه الدعوی عنه، وما یصح منه تملّکه، فهذه قیود أربعه، فلا تسمع دعوی الصغیر» (۱).

أقول: الشرط الأول الذی ذکره هو « البلوغ» ثم قال: « فلا تسمع دعوی الصغیر» وعندنا فی اعتبار هذا الشرط بنحو الإطلاق تأمّل ونظر إلا أن یکون إجماع، لأن دعوی انصراف أدلّه القضاء عن دعوی غیر البالغ، ضعیفه، لأن

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

الغرض من نصب القاضی حفظ الحقوق والنظام، وإن اللّه عز وجل لاـ یرضی بضیاع حقوق غیر البالغین، ومثلها دعوی أن المتبادر من أدلّه القضاء وسماع الدعوی هو کون المدّعی بالغاً، فإن فی تلک الأدله عمومات وإطلاقات تشمل الصغیر قطعاً، کقوله تعالی: «Bفَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۱)، ومع وجود هذه الأدله لا وجه للتمسک بالأصل کما فی (المستند) (۲).

وأما قوله – فی توجیه عدم سماع دعوی الصغیر – بأنه قد یحتاج إلی امور یشترط فیها البلوغ مثل إقامه البینه.

ففیه: إنه لا دلیل علی اشتراط البلوغ فی إقامه البینه، فإذا أقامها الصغیر علی طبق الموازین الشرعیه فلا وجه لعدم قبولها، والأدله الرافعه لآثار قول الصبی منصرفه عن کون مورد دعواه ظلم أحد له کالضرب ونحوه، نعم، الإعتبارات المحتاجه إلی الإنشاء غیر مسموعه منه، کما أنه إذا وصل الأمر فی المخاصمه إلی الیمین فلا یحلف ولا یحلّف.

وبعباره اخری: البلوغ لیس شرطاً فی أصل الدعوی، فإن دعوی الصغیر تسمع، لکن الاـمور المترتبه وأحکام فصل الخصومه وموازین القضاء، یشترط فی بعضها البلوغ، کالحلف والإقرار، فلا یحلف ولا یحلّف ولا یترتب الأثر علی إقراره، وحینئذ، یقوم ولیّه مقامه فی هذه الامور، وبعضها لا یشترط فیه البلوغ کإقامه البینه، وحینئذ، یترتب الأثر لعموم الأدله، وانصراف « عمد الصبی خطأ» (۳)ونحوه عن مثل ذلک.

۱- ۱) سوره ص ۳۸: ۲۶.

۲- ۲) مستند الشیعه ۱۷: ۱۴۴.

۳- ۳) کتاب الخلاف ۲: ۳۶۱/۱۹۷، ۵: ۱۷۵/۳۹.

بل قال المحقق الكنى قدّس سرّه (۱): إن الأصحاب لم يعملوا بهذه الأدلّه واعتبروا قول الصبى فى موارد، كقبول قوله فى إنبات الشعر بالعلاج، وكما لو أوقع معامله فقال البائع ببطلانها لكونه صغيراً فادّعى البلوغ فإنه تسمع دعواه ويحكم بصحه المعامله. نعم، إن كان متعلّق دعواه مالاً فلا تسمع، لأجل الصغر، لأنه لا سلطنه له على مال، فلا سلطنه له على دعوى متعلّقه بالمال، فعدم سماع دعواه حينئذ يكون من هذا الحيث لا من جهه أن الصبى مسلوب العباره، لكن الدّعوى ليست من شئون المطالبه بالمال، فإنه إذا أثبت المال بالبيّنه أمكن أن يباشر المطالبه وليّه أو الحاكم نفسه، وليس إثبات تملّك المال تصرفاً فيه حتى يقال بعدم السلطنه له على المال، ولذا يجوز للأجنبى أن يثبت مالاً لغيره، فيكون ذلك فى الحقيقه كالكشف لأمر مخفى.

إشتراط العقل:

قال المحقق: « ولا المجنون» (۲)

أقول: الشرط الثانى الذى ذكره المحقق وغيره هو « العقل» ، ويدل على اعتباره ما دلّ على اعتبار البلوغ، لكن مقتضى عمومات أدلّه القضاء سماع دعواه فى غير التصرفات الممنوعه، كما إذا ادّعى على شخص أنه جنى عليه، فإن الشارع لا يرضى بالجنايه على المجنون ولا يترك الجانى عليه من غير مؤاخذه وعقوبه.

وعن المحقق الأردبيلى قدّس سرّه وجماعه (۳)اشتراط كونه رشيداً، فلا

۱- ۱) كتاب القضاء: ۴۲۵.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

۳- ۳) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۵.

تسـمع الـدعوى من السـفيه، بل عن (المعتمد) دعوى الإجماع عليه، لكن الأدلّه القائمه على وجوب إحقاق الحق وحفظ الأموال والنظـام تقتضـى وجوب سـماع دعواه، نعم لاـ تسـمع فى الـدعاوى المتعلّقه بالمـال، بل إن دعواه فيها تسـمع أيضاً، لأن الـدعوى وإثبات الحق شيء والتصرّف شيء آخر. وأما دعوى الإجماع على هذا الشرط، ففيها منع واضح.

أن لا يدّعى مالاً لغيره:

قال: « ولا دعواه مالاً لغيره إلا أن يكون وكيلًا أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أميناً لحاكم» (۱).

أقـول: إدّعى فى (الجواهر) (۲)عـدم الخلاـف فيه، لكنهم يحكمون بسـماعها فى بعض الموارد وهو ليس واحـداً ممن ذكر، فلو غصب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم، وقيل فى الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه.

قلت: وبغضّ النظر عن حكمهم بالسـماع فى هذه الموارد، فإنه لا مانع من أن يدّعى الإنسان حقّاً لغيره ما لم يسـتلزم التصرف فيه، ودعوى انصراف «Bفَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۳)عنه، غير مسـموعه، اللهم إلا أن يقال بأن الدعوى نفسـها تعتبر تصـرفاً فى مال الغير، وعليه، فيشكل أن يبادر إلى الدعوى أخذاً بشاهد الحال واعتماداً على إذن الفحوى من المالك، لأن الفحوى وشاهد الحال لا يشملان هكذا تصرّف اعتبارى، بل يتوقّف سماعها منه على الإذن الصريح من المالك.

ص:۵۵۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۷۷.

۳- ۳) سوره ص ۳۸: ۲۶.

لكن لو كـان المـدعى من أقربـاء المالـك وذويه، فالظـاهر الاسـتماع فی مـا لاـ يسـتلزم تصـرّفاً فی مـاله من غير ولايه ولا وكاله، لانصراف أدلّه المنع حينئذ، والقدر المتيقن من الإجماع غيره.

ثم إن المشـهور قيام الوكيل والوصـی والولّی مقام صاحب المال فی جميع مراحل الـدعوی، واسـتثنی بعضـهم إحلاف المـدّعی عليه، إلا أن أن مقتضی عمومات أدلّه الولايه والوكاله والوصايه. . . هو جواز الإحلاف أيضاً، كما عليه المشهور.

أن لا يدّعی ما لا يجوز تملّكه:

قال المحقق: « ولا تسمع دعوی المسلم خمراً أو خنزيراً» (1).

أقول: ويشترط فی الـدعوی أن يكون موردها أمراً جائزاً شـرعاً وعقلاً، فلا تسـمع دعوی المسـلم خمراً أو خنزيراً ونحوهما مما لا يصح تملّكه له، ولا تسمع دعواه زوجيّه احدی محارمه، وقيل: له دعوی الأولويّه بالخمر مثلاً لأجل فائده محلّله، كأن يبقی الخمر حتی تنقلب خلاً، أو يأخذ العذره للتسـميد، كما لا بأس بدعوی اسـتحقاق ثمنها حال عدم الإسلام، أو يدّعی ثمنها علی مستحلّها بناءاً علی جواز بيعها ممن يستحلّها، والدليل علی الجواز عمومات أدلّه القضاء بعد عدم تماميّه دعوی انصرافها عن مثل ذلك.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

إشتراط كون الدعوى صحيحه لازمه:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولابدّ من كون الدعوى صحيحه لازمه، فلو ادّعى هبه، لم تسمع حتى يدّعى الإقباض، وكذا لو ادّعى رهناً» (١).

أقول: مثّل بالهبه قبل الإقباض وبالرهن قبله، للدعوى غير الصحيحه اللازمه، لأن الموهوب ما لم يقبض لم يملك، وفى الرهن قال المحقق: « وهل يشترط فى الرهن القبض؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح» (٢).

أما اشتراط كون الدعوى صحيحه، فدليله واضح، فلو ادّعى الهبه وأقرّ المدّعى عليه لم يلزم بشىء، بل لابدّ من أن يدّعى هبه صحيحه كأن يقول له: وهبتنى ذلك وأقبضتنى إيّاه.

وأما اشتراط كونها لازمه، فإن الهبه إذا لم تكن إلى ذى رحم - وكانت العين باقيه - جاز للواهب الرجوع حتى مع الإقباض، ولذا قيل بسقوط الدعوى فيما لو ادعى عليه الهبه فأنكر، إذ يكون الإنكار رجوعاً، نظير ما إذا أنكر الزوج الطلاق، فإن إنكاره رجوع.

وبالجمله، فاشتراط الصّحه لا ريب فيه، ولذا لو قال: هذه ثمره نخلى، لم تسمع، إذ يمكن أن لا تكون ملكه، إلا إذا صرّح فى دعواه بكونها ملكاً له كما سيأتى، لكن عن المحقق الأردبيلى الإشكال فى اشتراط اللّزوم، فقد قال رحمه اللّه: « ما المانع من أن يدّعى الصحه أولاً فيثبتها ويدّعى اللزوم؟ ثم أنه يرد عليهم مثله

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠٧.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٢: ٧۵.

فيما إذا ضمّ إليها دعوى القبض، إذ لعلّ الموهوب له أجنبى، على أنه يرد مثله فى دعوى البيع، إذ على هذا لابدّ من دعوى انقضاء المجلس أو الأيام الثلاثه فى الحيوان، ولا قائل به» (۱).

وأورد عليه فى (الجواهر) بقوله: « وفيه: إن الصحّه بدون القبض ليس حقاً لازماً للمدّعى عليه، ضروره رجوع ذلك إلى التهيّؤ للصحه مع تمام ما يعتبر فيها، وهبه الأجنبى مع القبض صحيحه ويترتب عليها الأثر وإن جاز له الفسخ، فإن المراد باللازمه المقتضيه للاستحقاق على المدّعى عليه، لا كون المدّعى به أمراً لازماً على وجه لا يكون به خيار للمدّعى عليه. . .» (۲).

قلت: والصحيح أنه ليس الإنكار فيما نحن فيه رجوعاً كالطّلاق، فإن الحكم المذكور يختص بالطلاق، ولذا لا يكون إنكار البيع فسخاً له، والقول بعدم اشتراط اللزوم غير بعيد، إلا أن يكون هناك إجماع.

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟

قال: « ولو ادّعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ولا بينه، فادّعى علم الشهود له، ففى توجه اليمين على نفى العلم تردّد، أشبهه عدم التوجّه، لأنه ليس حقّاً لازماً، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، ولأنه يثير فساداً» (۳).

أقول: لو لم يكن مورد الدعوى مالاً كقوله: لى عليك كذا من المال، ولا سبباً كالبيع كقوله: هذا المال الذى بيدك قد بعتنى إيّاه، بل ادّعى أمراً له فيه نفع من حيث

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۷، بتفاوت. وعنه جواهر الكلام ۴۰: ۳۷۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۷۸.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۶.

إثبات حق له أو إسقاط حق عليه، كأن يدّعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند إليهم المدّعى وحكم الحاكم طبق شهادتهم.

أما لو ادّعى فسق الشاهدين، فله طرح دعواه عند نفس الحاكم، كما أن له طرحها عند حاكم آخر، فإن كان له بيّنه أقامها، وبذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما، وكذا لو تمكّن من إثبات كذب الشاهدين، أى كذبهما فى قولهما بأن هذا المال لزيد المدّعى. . . لكن لا يسقط حق المدّعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهاده. وإن لم يكن عنده بينه، فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟

إن أقرّ بذلك، فلا إشكال فى أنه يؤخذ بإقراره، ولا يجوز له الإستناد إلى الحكم فى أخذ ما يدّعيه على المنكر، وإن لم يقر، فالحكم باق على حاله وله أثره من ثبوت الحق وفصل الخصومه، نعم، مع علم المدّعى بفسق الشاهدين لا يجوز له ترتيب الأثر مع تردّده فى كون مورد الدّعوى له واقعاً، وأما مع علمه بكونه له كذلك، فحيث يحكم الحاكم له وهو لا ـ يقرّ بفسق شهوده يجوز له التصرّف.

وحينئذ، فلو ادّعى المنكر عليه العلم بفسق الشاهدين، لم تسمع هذه الدعوى، ولم يتوجّه على المدّعى اليمين بنفى العلم، كما لا يثبت ذلك بنكوله عن اليمين ولا ـ باليمين المردوده على المنكر، لأن توجّه اليمين على المدعى المشهود له ليس حقّاً لازماً للمنكر، ولأنه يوجب التزلزل فى الأحكام الصادره من الحكّام ويؤدّى إلى التسلسل.

وقيل: تسمع هذه الدعوى، فله أن يحلّفه، لأنها دعوى فتشملها عمومات «البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه» (١)، ولأن لها أثراً بالنسبه إليه.

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٤/٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٣.

وفیه: إنه إذا لم یلازم علمه بفسق شاهدیه زوال الحکم الصادر، لم یکن للمدّعی علیه اثر فی دعوی علم المشهود له بفسق الشاهدین، فلا تسمع هذه الدعوی.

وأمّا لو ادّعی فسق الحاکم، وکان له بینه، فله أن یطرحها عند حاکم آخر، قیل: ویشترط أن یصرّح فی طرحه الدّعوی علی فسق الحاکم الأول بوجود البینه، کأن یقول له: عندی شهود علی فسق فلان الحاکم.

وأما مع عدم وجود البینه فلا تسمع دعواه مطلقاً، ولا أثر لها مطلقاً، وفاقاً للمحقق قدّس سرّه، فإنه لا یبطل الحکم بحال، نعم، فی دعوی الزوجیّه لو أقام البیّنه وحکم له، ثم ادّعت علیه المرأه - قبل الحکم أو بعده - العلم بفسق الشاهدین فأقر، لم یجز له الأخذ بهذا الحکم، وأما لو کان متیقناً بأنها زوجته، وجبت علیه النفقه مع المطالبه، أخذاً بإقراره وإن لم یجز لها إلزامه، لفرض بطلان الحکم بفسق الشاهدین.

هل یجب إجابه المنکر لو التمس الیمین من المدعی؟

قال المحقق قدّس سرّه: «وکذا لو التمس المنکر یمین المدّعی منضمّه إلی الشهاده، لم یجب إجابته، لنهوض البیّنه بثبوت الحق» (۱).

أقول: إن للمنکر أن یرضی بیمین المدّعی، فإن حلف فهو، وإن اختار إقامه البینه کان له ذلک، ومع إقامتها لا یسمع طلب المنکر یمینه معها، نعم، فی الدعوی علی المیت یحلف مع البینه، وکذا مع الشاهد الواحد فی الدعوی المالیه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۷.

لكن عن (القواعـد) مع ذكر الحكم المـذكور: « ولو التمس المنكر بعد إقامه البينه عليه إحلاف المدّعى على الاسـتحقاق أُجيب إليه، ولو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم إجابته» (١).

وتوجيه الفرع الأول هو مـا لو ادّعى المـدين البراءه أو الإبراء، فكأن البينه أثبتت أصل الـدين واليمين تثبت اشـتغال ذمه المـدين الآن، ففى الحقيقه يـدّعى المـدين الإبراء أو الأداء، والـدائن ينكر ذلك فيحلف، وكذلك لو شـهد الشاهدان بأن زيداً قد اشترى هذا المال فيكون ملكه، ثم يدّعى عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدّعى على العدم.

وتوجيه الفرع الثانى هو فى العين الموجوده، فـإذا شـهدت البينه بكونها لزيـد لم تسـمع مطالبه عمرو منه اليمين، نعم، لا مانع من الحلف بل يسـتحب فى رضاه بها، لقوله عليه السـلام لشـريح: « وردّ اليمين على المـدّعى مع بيّنته، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت فى القضاء» (٢).

وقال الشـيخ فى (المبسوط) : « وكيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه ولا شـيئاً منه، ولا اقتضـى له ولا شيء منه، ولا أحال به ولاـ بشـىء منه، ولاـ أبرأه ولا عن شـىء منه، ولا اقتضـى له مقتض بغير أمره فأوصـله إليه، وأن حقه لثابت. قال: فإن ادّعى أنه قد أبرأه منه أو قـد أحـال به، لم يحلف المـدّعى عليه على أكثر من الـذى ادّعـاه عليه لاـنه مـا ادعى عليه غيره، وإن كانت الـدّعوى مبهمه فقال: ماله قبلى حق أو قد برئت ذمتى من حقه، احتاج إلى هذه الألفاظ كلّها حتى يأتى بجميع

۱- ۱) قواعد الأحكام ۲: ۲۰۸.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۱۱/۱. أبواب آداب القاضى، الباب ۱.

جهات البراءه.

ومن الناس من قال: أی شیء ادّعی، فإن المدّعی علیه یحلف ما برئت ذمتک من دینی، فإذا قال هذا أجزأه، لأنها لفظه تأتی علی کلّ الجهات، فإن الذمه إذا کانت مشغوله بالدین أجزأه أن یقول: ما برأت ذمتک من حقی.

وهذا القدر عندنا جائز کاف. والأول عندنا أحوط و آکد. وأمّا قوله: إن حقی لثابت، فلا خلاف أنه لیس بشرط» (۱).

هل یلزم بالجواب عن دعوی الإقرار؟

قال المحقق: « وفی الإلزام بالجواب عن دعوی الإقرار تردّد، منشؤه أن الإقرار لا یثبت حقاً فی نفس الأمر، بل إذا ثبت قضی به ظاهراً» (۲).

أقول: لو ادّعی زید علی عمرو الإقرار له بشیء، کأن یقول له: قد أقررت بکون هذه الدار لی، أو یقول: لقد أقررت بأنی غیر مدین لک، فهل یلزم الحاکم عمراً بالجواب عن هذه الدعوی؟ وجهان بل قولان، تردّد المحقق قدّس سرّه بینهما.

وجه عدم الإلزام هو: أن الإقرار لا یثبت حقاً واقعیاً للمقرّ له، لأن الإقرار ف وإن ألزم الشارع المقرّ بما أقرّ علی نفسه - لیس طریقاً لإثبات الحق بحیث یرفع شک المقر له فی تملّک المقرّ فیه، فلو أقر له بکون الثوب له وکان المقر له جاهلاً أو شاکّاً فی ذلک، لم یرتفع معه الجهل أو الشک، لأن أثر هذا الإقرار هو الحکم الظاهری فقط

۱- ۱) المبسوط فی فقه الامامیّه ۸: ۲۰۶ - ۲۰۷.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۷.

بجواز تصرّفه فی الثوب، فإذا لم تکن الدّعوی مثبته لحق لازم ولم یکن الإقرار موجباً لحق واقعی، فإنه مع عدم البینه للمدّعی علی الإقرار - لا تسمع الدعوی، ولا یحلف المدّعی علیه علی إنکاره، ولا یکون نکوله عن الیمین مثبتاً للدعوی.

ووجه الإلزام هو: أن المراد من الحق اللازم کون الدعوی ذات نفع للمدّعی، والمفروض جواز تصرّفه فی المدّعی به ظاهراً مع ثبوت الإقرار بأحد المثبتات، ولا یلزم أن یکون مورد الدعوی مالاً أو سبباً لانتقال مال، بل إنّ ترتب الأثر المذکور - وهو الحکم بجواز التصرف ظاهراً - علی الإقرار کاف لصحه الدّعوی عند الحاکم کی یلزمه بالجواب.

وظاهر المحقق فی المقام هو التوقّف، بخلاف الفرع السابق حیث قال « أشبهه عدم التوجّه» .

واستقرب الشهید الثانی فی (المسالک) تبعاً لجماعه الوجه الثانی (۱).

واختار المحقق العراقی الأول فقال: إن الوجهین « مبنیان علی أن الأحکام الظاهریه، هل فعلیتها فرع وصولها إلی المکلّف بحیث لولاه لا تکون فعلیه بعثیه، بخلاف الأحکام الواقعیه من الوضعیات والتکلیفیّات، إذ فعلیتها الواقعیه لیست تابعه لوصولها، غایه الأمر لا تنجّز لها.

وحیث قد حققنا فی محلّه عدم تبعیه فعلیتها للوصول، فلا بأس بسماع مثلها. . .» .

وفی (الجواهر) وجّه الوجه الثانی بقوله: « لأن المدار علی ثبوت الحق

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۶۲

ظاهراً، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أو مع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه والأخذ به، وإن لم يعلم استحقاقه من غير جهه إقراره الذى له الأخذ به ما لم يعلم كذبه، لجواز استناده إلى سبب لا يعلم به، ولأنه إذا سمعت دعواه بالبيّنه توجّه له اليمين على عدمها، لعموم قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم (1): البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه» .

ثم قال: « نعم، قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفى ذلك بخصوصه، إذا بذل اليمين على براءه ذمته الذى يأتى على ذلك كلّه، نحو ما تسمعه فى عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أو باعه بثمن فى ذمته أو نحو ذلك، معللين له بإمكان أدائه له والعجز عن إثباته، فيكفى جوابه ببراءه ذمّته مما يدعيه عليه، فإنه يأتى على ذلك كلّه، ومثله آت هنا.

اللهم إلّاأن يفرّق بأن الدعوى فى الأول الشغل بسبب فى الواقع، فيكفى فى جوابه نفى الواقع، بخلاف الثانى، فإن الدعوى فيه بصدور سبب من المدّعى عليه يؤخذ به وإن لم يعلم الواقع.

وفيه: إن الإقرار كما يؤخذ بظاهره وإن لم يعلم صحته وقد ادّعاه على خصمه، كذلك البيع عليه مثلًا، له الأخذ بظاهره أيضاً ما لم يعلم فساده وقد ادّعاه على خصمه، فكما لا يلزم هناك الجواب بنفى البيع ويكفيه الجواب ببراءه الذمه كذلك هنا، فتأمل» (2).

أقول: والأقرب هو الوجه الأول، إذ ليس كلّ دعوى يلزم الحاكم بسماعها

1- 1) وسائل الشيعه 27: 234/5. أبواب كيفيه الحكم، الباب 3.

2- 2) جواهر الكلام 40: 382. ظاهر كلامه أنه متأمل فى كفايه اليمين على براءه الذمه عن اليمين على نفى الإقرار بالدين مثلًا.

والنظر فيها، بل الدعاوى المتعلقه بأموال الناس ونفوسهم وأعراضهم، فيلزم أن يكون مورد الدعوى شيئاً يزعم المدّعى تعلّقه به. وبعباره اخرى: لابدّ أن تكون نتيجه الدعوى والمرافعه إثبات حق يدّعيه المدّعى وجلب نفع إلى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه، وكلّ دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، وأما فى المورد الذى يتحقق النفع ويثبت للمدّعى بنفس الحكم الصادر من الحاكم - وأما قبله فلا يوجد شىء - فيلزم الدور، لأن نظر الحاكم فى ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل، وتحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه.

هل تفتقر صحه الدّعوى إلى الكشف؟

قال المحقق: « ولا تفتقر صحه الدعوى إلى الكشف فى النكاح ولا فى غيره» (۱).

أقول: إنّ صحه الدّعوى التى اشترطناها لا تحتاج إلى الكشف والتحقيق عن الأسباب، سواء كانت الدعوى فى الأملاك من الأعيان والديون أو فى العقود من النكاح وغيره، وقد نبّه بذكر النكاح على خلاف بعض العامه فيه، ودليلنا على عدم الحاجه هو الإجماع.

قال: « وربما افتقرت إلى ذلك فى دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرك» (۲).

أقول: لأن للقتل أقساماً وأسباباً مختلفه، من العمد والخطاء وشبه العمد، ومن أن القتل مستند إليه بالمباشره أو بالتسبيب، وأنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره. . . فلكلّ واحد من هذه الأقسام والحالات حكم، فلو أجمل فى

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۷.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۷.

الدعوى لم يترتّب حكم واحدٍ منها، فلابدّ من الكشف وذكر التفصيل وإلا لم تصح دعوى القتل ولا تسمع.

وفى (الجواهر) - كما عن جماعه - الإشكال فى ذلک، وقد يستفاد أيضاً من تعبير المحقق ب « ربما» ، وذلک لأنه قد يترتب على الإجمال أثر كلّى، بل قيل: إنه يمكن بحكم الأصل تشخيص أنه خطأ، بل ربما ظهر من المحقق الأردبيلى سماع دعوى الكلّى وإن لم يترتب عليه حكم، ولكنه مقدمه لإثبات الخصوصيه فيما بعد (۱).

قلت: إن تعيين كونه خطأ بالأصل مشكل جداً، فلو أردنا إجراء هذا الأصل لجرى فى الجميع، لكن لو كان لبعض الخصوصيات أثر، وقلنا بكفايه احتمال ترتب الأثر لوجوب السماع، فإنه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعه، وبالجمله: الأصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضيه ثم تثبت خصوصياتها بالموازين الشرعيه من البينه واليمين، فيكون الحكم بعد المرحلتين وفاقاً للأردبيلى، وذلک لمقتضى الإحتياط الشديد الموجود فى الدماء.

وعلى الجمله: لا فرق بين القتل وغيره فى ذلک، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلى فى غيره لم تسمع الدعوى به أيضاً وإلا سمعت - إن لم يثبت الإجماع على خلافه - لشمول أدلّه وجوب القضاء له، ولما جاء فى بعض الأخبار من بيان الامام عليه السلام الحكم الشرعى فى موارد، مع عدم ذكر المدّعى السبب.

فهذه هى القاعده الكليّه، وعلى ضوئها يظهر الأمر فى مختلف الموارد والأمثله، فإن كان للكلّى أثر ادّعاه وإن كان للخصوصيه أثر ادّعاها، وفى المتباينين

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۲۴.

تسمع الدعوى إن كان العلم الإجمالى منجّزاً، ومع دوران الأمر بين الأقل والأكثر كان الأقل هو المتيقّن.

قال المحقق: « ولو اقتصرت على قولها: هذا زوجى، كفى فى دعوى النكاح، ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شىء من حقوق الزوجيّه، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجيه، ولو أنكر النكاح لزمه اليمين، ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول، وعلى القول الآخر ترد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجيه، وكذا السياقه لو كان هو المدّعى» (١).

أقول: إن الأثر الذى ذكرناه لا يلزم التصريح به لدى الدّعوى، بل يكفى دعوى ملازمه، فلو اقتصرت المرأه على قولها: هذا زوجى، كفى فى دعوى النكاح وترتب آثاره من حقوق الزوجيه ولوازمها، كالمهر والنفقه وغيرهما.

ويترتب على سماع هذه الدعوى أيضاً أنه لو أنكر الزوج النكاح لزمته اليمين، ولو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول، وبردّ اليمين على المرأه على القول الآخر، فإن امتنعت سقطت دعواها، وإن حلف ثبتت الزوجيه، وعن (التحرير) « وفى تمكين الزوج منها إشكال، من إقراره على نفسه بتحريمها، ومن حكم الحاكم بالزوجيه» (٢).

وكذا الكلام لو كان الرجل هو المدّعى للزوجيّه، إذ يترتب على ذلك الآثار الشرعيه وحقوق الزوجيه، والإشكال المذكور موجود، من إنكار المرأه للزوجيه فلا يجوز لها تمكينه من نفسها، ومن حكم الحاكم بالزوجيّه.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠٧.

٢- ٢) تحرير الأحكام ۵: ۶۴۸۴/١۵٧.

أقول: أما بالنسبه إلى الحاكم نفسه، فهل ينهى الزوج المقرّ بحرمتها على نفسه عن وطئ المرأه - مع إلزامه بدفع النفقه مثلاً - أخذاً بإقراره، أو لا ينهاه عن ذلك، ترتيباً لجميع آثار الزوجيه التى قد حكم بها؟ وجهان. اللهم إلا أن نلغى اعتبار الإقرار فى هذه الحاله فيقدّم الثانى، لكن لا يفتى بذلك أحد. . . نعم، لا يبعد الإلغاء فيما إذا كان الإقرار عن نسيان مثلاً ثم تذكّر ورجع عنه بعد قيام البينه. فالصحيح: إن الإقرار بالنسبه إلى ما كان على الزوج مقدّم على الحكم، إذ لا يقول أحد بإلغاء الإقرار فى هذه الحاله.

وأما وظيفه الزوج المنكر للزوجيه، فإن كان عالماً بعدم الزوجيّه، فإن مقتضى قول النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « فأيما امرء قطعت له. . .» (۱)هو عدم جواز ترتيب آثار الحكم مثل الوطئ، وأما دفع النفقه فليس محرماً عليه بل يجب عليه امتثالاً وتنفيذاً للحكم، بل يحرم على المرأه أخذها، وهل يجوز لها الأخذ فى مقابل بقائها فى دار الرجل؟ فيه إشكال، وأما إذا كان إنكاره لها من جهه الشك مثلاً فإن جميع الآثار مترتبه بالحكم.

وأما إذا كان المدّعى للزوجيه هو الرجل والمرأه تنكر، فإن كانت تعلم بعدم الزوجيه، كان عليها الإمتناع عن التمكين، ولا يجوز لها المطالبه بالنفقه، وإن كانت تنكر كاذبه أو شاكه وجب عليها ترتيب الأثر على الحكم.

وأما المهر، فإن الرجل إن ألزمها بالتمكين ووطئها عملاً بحكم الحاكم، فقد وجب عليه دفع مهر المثل لأنه عوض البضع.

ص:٥٧٠

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

هل تسمع دعواه أن هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟

قال المحقق: « ولو ادّعى أن هذه بنت أمته لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد فى ملك غيره ثم تصير له، وكذا لو قال: ولدتها فى ملكى، لاحتمال أن تكون حرّه أو ملكاً لغيره» (۱).

أقول: ومن فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقاً لازماً يدّعيه المدعى بصراحه ووضوح: أنه إذا قال: هذه بنت أمتى، فهل تسمع هذه الدعوى أولا؟

وهذه الدعوى تتصور بوجهين: أن تكون هى بيد زيد وهو يريد أخذها منه بهذه الدعوى، وأن تكون بيده فيدّعيها زيد فيقول هذه بنت أمتى، بمعنى أنه إذا لم يدّع ذلك تثبت دعوى زيد.

وكيف كان، فإن هذه الدعوى أعمّ من أن يكون موردها حقاً لازماً، وحيث أنها ليست صريحه فى ذلك فلا تسمع.

وكذا لو ضمّ إلى تلك الدعوى قوله: ولدتها فى ملكى، أو ادّعى هذه الجهه دعوى مستقله، كأن يقول: هذه ولدتها أمتى فى ملكى.

قال المحقق قدّس سرّه: « وكذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصّرح بأن البنت ملكه، وكذا البينه» (۲).

أقول: وكما لا تسمع الدعوى الصريحه، كذلك لا تسمع البينه غير الصريحه، فإن قالت بأن هذه مملوكه فلان، سمعت، ولو قالت: ولدتها اُمها

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۷.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۸.

حالكونها فى ملكه، فلا تسمع، لأنه يمكن أن تكون الاُم مملوكه ولا تكون بنتها مملوكه له، كأن يكون قد حرّرها مثلًا.

قوله: « وكذا البينه» ليس تكراراً، بل المراد أنه ما لم يصرّح المدّعى فى الدعوى فلا تسئل البينه التى يقيمها، ثم البيّنه لا تسمع شهادتها ما لم تشهد بصراحه، وحيث شهدت بالملك فلا تسئل عن السبب، فيحتمل أن يكون قوله: « وكذا البينه» معطوفاً على « لا يفتقر» المتقدّم عليه.

قال: « ومثله: لو قال: هذه ثمره نخلى» (١).

أى: فلا تسمع هذه الدعوى لكونها أعم، إلا أن يقول: هذه ثمره نخلى وهى ملك لى.

قال: « وكذا لو أقرّ له من الثمره فى يده أو بنت المملوكه، لم يحكم عليه بالإقرار لو فسّره بما ينافى الملك» (٢).

أقول: ولو قال هذه الثمره من نخل من هى بيده، فهل له أن يدّعى بعد ذلك كونها ملكاً له؟ نعم، لأن قوله السابق ليس إقراراً بعدم ملكيته وملكيه صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر إنكاراً بعد إقرار، فتسمع هذه الدعوى منه ويطالب بالبينه، بخلاف ما لو أقرّ بالملكيّه، فليس له أن يقول بعد ذلك: لكن هى ملكى.

وهذا معنى عباره المحقق.

وفى (المسالك) : ظاهر عباره المحقق والعلّامه إنه إذا لم يفسر بالخلاف فهو إقرار (٣).

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٠٨.
٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٠٨.
٣- ٣) مسالك الأفهام ١۴: ۶٧، بتفاوت.

وأشكل عليه فى (الجواهر) بعدم ظهور عبارتيهما فى ما ذكره (۱)، فليس « لو فسّر» قيداً حتى يكون إقراراً.

قلت: وما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر.

ثم إن صاحب (المسالك) بعد ما استظهر من العباره ما ذكر، أشكل على المحقق الفرق بين الإقرار والدّعوى فقال: « والفرق بين الـدعوى والإقرار لا يخلو من إشـكال، لأن الإحتمال قائم على تقدير الإقرار والدعوى، والعمل بالظاهر فى الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه، والفرق باشتراط التصـريح فيها دونه، رجوع إلى نفس الـدعوى، وفى الإرشاد: أطلق عدم سـماع الدعوى والإقرار معاً، ولم يعتبر التقييد فى الإقرار بتفسيره بما ينافى الملك، وهذا هو الظاهر» (۲).

أقول: إن إشـكاله وارد بنـاءاً على مـا فهمه من العبـاره، لأن الصـراحه شـرط فى كلا الأمرين، إلا أن يقال بأن ظهور الـدعوى غير كاف وظهور الإقرار كاف، لكنه مشكل.

هـذا، وفى (الجواهر) بشـرح: « وكـذا لا تسـمع البينه. . .» ما لفظه: « لكنْ عن لقطه المبسوط والتذكره: سـماع الدعوى والبينه فى الثانى، بل عن الأخير الإجماع عليه، ولعلّه لأصاله تبعيّه النماء للمال حتى يعلم خلافه، وهو كذلك حيث لا يكون لآخر يد تقضى بـالملكيه لهـا وإلاـ انقطع بها الأصل المزبور، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك، وكلام الأصـحاب هنا فى الـدعوى على آخر» (۳).

قلت: إن محلّ البحث هو أن تكون بنت أمه زيد بيد عمرو، فيراجعه استناداً

ص:۵۷۳

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۳۸۶.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۶۷.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۳۸۵.

إلى كون الام عنده، فالإرتكاز يتبع ما إذا لم يقم فى مقابله دليل كاليد.

والأردبيلى أمر بالتأمل فى المقام بعد أن ذكر عدم السماع (۱).

ولعلّ وجهه: إمكان القول بالسماع، لأن من ملك النخله فقد ملك تمرها عند العرف إلا أن يقوم دليل، ولذا تسمع هذه الدعوى فى الملك القديم السابق على اليد، فيلزم صاحب اليد بإقامه البينه على انتقاله إليه بالبيع مثلاً.

لكن هذه المطالب ليست تعبديّه بمعنى قيام إجماع أو دلاله نص عليه، بل الذى يريدون إثباته كون الدعوى صريحه، فإن كانت الملازمه العرفيه و التبعيه بين الثمره والنخله أو بين الأمه والبنت تامه فهو، وإلا لزم البيان و الكشف عن سبب الملك، والظاهر تماميه هذه الملازمه ما لم يكن الفرع بيد غيره، لأن اليد دلالتها على الملكيّه أقوى من الملازمه المذكوره.

قال المحقق: « ولا كذلك لو قال: هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطته» (۲).

أقول: يعنى إن مثل هذه الدعوى ظاهر فى الملكيه ولا حاجه إلى التصريح، للفرق بين الثمره والنخل وبين الغزل والقطن، فهناك المغايره حقيقيّه وهنا هى فى الصوره فقط، فالدعوى تسمع وعليه إثباتها كسائر الدعاوى.

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۹.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۸.

الكلام فی: التوصّل إلی الحق

اشاره

إن كان الحق عقوبةً * إن كان ديناً حالات الغريم *

ص:575

۱ – إن كان الحق عقوبه:

الحق إما عقوبه وإما مال، فإن كان الحق عقوبه كالقصاص، فالأقوى وفاقاً للمسالك وغيرها – بل عن (الكفايه) : لا أعرف فيه خلافاً – وجوب رفع الدعوى إلى الحاكم (۱)، فإن ثبت دعواه وأصدر الحاكم الحكم جاز له أن يباشر القصاص على قول، وقيل: بل الأمر بيد الحاكم، فله أن يباشر بنفسه القصاص أو يأذن فيه لصاحب الحق أو يأمر به شخصاً آخر.

وأما إذا لم يتوفّر الحاكم أو تعذّر الوصول إليه فيجوز له أن يستوفي حقه، وهذه الصوره هي القدر المتيقن من إطلاق قوله تعالى: «وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً» (۲).

فيكون الحاصل: عدم جواز مباشره القصاص مع التمكّن من الرفع إلى الحاكم، خلافاً لصاحب (الجواهر) قدّس سرّه حيث استند إلى الآيه المزبوره قائلاً بالجواز مطلقاً.

نعم، لا ريب في عدم مؤاخذه الحاكم لصاحب الحق إن باشر الأمر من دون إذنه، إذ لا إشكال في ثبوت هذا الحق له، لكن لمّا كان أمر الدماء خطيراً ولابدّ فيه من الإحتياط الشديد، نقول – تبعاً للأصحاب – بلزوم رفع القضيه إلى الحاكم

۱– ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۶۸، مستند الشيعه ۱۷: ۴۴۳، كفايه الأحكام ۲: ۷۲۱.

۲– ۲) سوره الاسراء ۱۷: ۳۳.

وإجراء الحكم بإذنه، حتى لا يلزم الفساد فى المجتمع الإسلامى والهرج والمرج فى البلاد، ويتأكّد ما ذكرناه فيما إذا علم بترتب المفسده العظيمه، كوقوع المقاتله بين طائفتين وإراقه الدماء المحترمه.

ومن جواز مباشره الحاكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك إن راجعه فى القضيه، وإن كان ذلك حقاً ثابتاً له، خلافاً لصاحب (الجواهر) حيث قال بأن إطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم (١).

ومن ذلك كلّه يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع إلى الحاكم والإستيذان منه فى إجراء القصاص حكمه يقصد منها دفع الفساد واختلال النظام فى المجتمع الإسلامى، وعليه، فلو أمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترتب على فعله مفسده، جاز، كما هو الحال بالنسبه إلى الحقوق الماليّه كما سيأتى.

٢ – إن كان الحق مالاً:

وإن كان الحق مالاً، فتاره: يكون عيناً، وأخرى: يكون ديناً،

[ان كان الحق عيناً]

فإن كان عيناً فقد قال المحقق قدّس سرّه: « من كانت دعواه عيناً فى يد إنسان فله انتزاعها ولو قهراً ما لم تثر فتنه، ولا يفتقر إلى إذن الحاكم» (٢).

أقول: فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين ولو قهراً، لكن قيّده بما لم تثر فتنه، وفى (الجواهر) فسرّ قوله: « ولو قهراً» : « بمساعده ظالم أو بنفسه» وإن استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك» (٣).

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٧.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٧.

لكن ينبغى تقييـد مساعده الظالم بصوره انحصار طريق اسـتنقاذ العين بذلك، بأن لا يمكنه الاسـتنقاذ بنفسه أو بمساعده من ليس بظالم، بل يجوز ذلك فى صوره الإختيار أيضاً، بل يمكن القول بجواز إتيان الأمر المباح بمساعده ظالم، وأما إعانته، فقد قلنا فى محلّه باختصاص حرمه إعانه الظالم بأن تكون الإعانه فى ظلمه.

ولا يخفى، أن المراد من « الظالم» فى هـذا المقام هو غير « الطاغوت» الذى نهى الرجوع والتحاكم إليه فى الكتاب والأخبار، وقد تقّدم البحث عن حكم الرجوع إليه فى إحقاق الحق.

ثم قال فى (الجواهر) : « وإن استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك» (١).

وعن (الإرشاد) جواز الإنتزاع « ولو قهراً مع انتفاء الضرر» (٢)وعن (مجمع الفائده) : « ما لم يحصل معه أمر غير مشروع» (٣).

قلت: لا ـ ريب فى عـدم جواز التصـرّف فى مـال أحـدٍ إلا ـ بإذنه، فلايجوز الـدخول فى دار إلا بإذن صاحبها، فإن كانت العين فى الـدار فـدفعها إليه صاحب الـدار من دون حاجه إلى الدخول فهو، ولو توقّف أخذها على الدخول وجب الإستيذان منه فإن امتنع فمن الحاكم لأنه ولىّ الممتنع، وحيث يمكنه ذلك مع الإذن، فلا دليل على الجواز بلا إذن.

ولا إطلاق لدليل سلطنه الناس على أموالهم، ليشمل مفروض الكلام

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٨.

٢- ٢) إرشاد الأذهان ٢: ١٤٢.

٣- ٣) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٩٧.

ونحوه، فإن لم يتمكّن من تحصيل الإذن من الحاكم رفعت قاعده نفى الضرر حرمه الدخول بلا إذن.

وأما إذا استلزم انتزاع العين ضرراً على من هى بيده، ففيه قولان، ولكن الحق هو الجواز مع التوقّف، فيجوز له انتزاعها حتى مع كسر القفل والصندوق ونحو ذلك.

بل قيل: إن له أن يطالب بحقه ويحاول انتزاعه ممن وضع يده عليه وهو يعلم بكونه لمن يدعيه، مهما بلغ الأمر، إذ لا فرق بين هذه المسأله ومسأله دفع اللّص عن المال حيث يجوز للإنسان أن يدافع عن ماله ويحفظه من اللّص حتى لو انتهى إلى قتل اللّص، ولو قتل هو كان شهيداً كما فى الروايات (۱)، لكن فى (الجواهر) : « ما لم تصل إلى حدّ وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس والأموال وغيره من الفساد الذى يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك وإن كان مباحاً فى نفسه أو مستحباً بل أو واجباً. . .» (۲).

وكيف كان، فالقدر المتيقن من الجواز صوره عدم لزوم الخسارات الكثيره، مثل تمزيق الثوب وكسر الباب أو القفل أو الصندوق ونحو ذلك، لأن قاعده نفى الضرر جعلت للإمتنان، ولا مورد لها فى هذا المقام.

هذا كلّه فى صوره علم من بيده العين بكونها للشخص الذى يدّعيها.

وأما لو كان جاهلاً فإن طالبه واقتنع بقوله ودفع المال فهو، وإن لم يصدّقه جاز له أن ينتزعه منه قهراً، فإن عجز فلا مناص من الرفع إلى الحاكم، ولو استلزم

۱- ۱) عن أبى عبد اللّه عليه السلام: « قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: من قتل دون عقال - عياله -فهو شهيد» وعن أبى جعفر عليه السلام عنه: « من قتل دون ماله فهو شهيد» وكذا عن الرضا عليه السلام. وسائل الشيعه ۱۵: ۱۲۰ و۱۲۱ و۱۲۲/۶ و۹ و۱۴. أبواب جهاد العدو، الباب ۴۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۳۸۷.

الانتزاع ضرراً فقد يقال بالجواز لقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « ليّ الواجد بالدين يحلّ عقوبته وعرضه» (۱). وفيه تأمل، لأنه ظاهر فى العالم دون الجاهل (۲).

ولو كان من بيده العين معذوراً عن دفعها إلى صاحبها، لحبس أو مرض، فهل يجوز له أن يدخل الدار مثلاً ليأخذ ماله؟ لابدّ هنا من إذن الحاكم، لأن المفروض عدم إنكاره للحق وكونه قاصراً عن تسليمه، فيلزم أن يستأذن الحاكم ويدخل الدار مع إذنه، ولو استلزم ضرراً يسيراً جاز كذلك.

وحيث يراجع الحاكم ويقيم البيّنه على دعواه ويثبت حقه، فهل له المبادره إلى أخذ الحق قبل صدور الحكم من الحاكم؟ قيل: نعم، بناء على حجيه البينه للمدّعى.

هذا كلّه فى العين.

[ان كان الحق ديناً و صورها]

اشاره

صور كون الحق ديناً:

وقد ذكر المحقق حكم ما لو كان الحق ديناً بقوله:

« نعم، لو كان الحق ديناً، وكان الغريم مقراً باذلاً، لم يستقل المدّعى بانتزاعه من دون الحاكم، لأن للغريم تخييراً فى جهات القضاء، فلا يتعيّن الحق فى شيء من دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه» (۳).

أقول: ولو كان الحق الذى يدّعيه الشخص ديناً، فلا يخلو الغريم عن حالات:

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸: ۳۳۳/۴. أبواب الدين والقرض، الباب ۸.

۲- ۲) أقول: على أن الإستدلال به يتوقف على إسقاط خصوصيه « الدين» وهذا أيضاً لا يخلو عن تأمل.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۸.

الاولی – أن یکون مقرّاً بالحق وباذلاً له:

والحکم فی هذه الحاله: عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقّه، لأن للغریم تخییراً فی جهات القضاء، فلا یتعین الحق الکلّی الثابت فی ذمّته من دون تعیینه، قال فی (الجواهر) : بلا خلاف بل ولا إشکال (1).

هذا، وقد أشکل علی موضعین من عباره المحقق هذه.

أحدهما - قوله: « من دون الحاکم» من جهه أن إذن الحاکم لا دخل له فی هذا الفرض، مع أن المستفاد من العباره جواز أخذه بإذن الحاکم.

والثانی - قوله: « أو تعیین الحاکم مع امتناعه» من جهه أن المفروض کونه مقراً باذلاً، فما ذکره لا وجه له، لأنه خلاف الفرض.

وقد أرجع صاحب (الجواهر) الضمیر فی « امتناعه» إلی التعیین فقال: « أی امتناع تعیینه لحبس أو مرض أو نحوهما، لأن له الولایه العامّه فی ذلک» (2).

قیل: ولابدّ أن یجعل المراد من الباذل حینئذ هو الباذل الشأنی، وإلا فلا یستقیم ما ذکره.

قلت: ولکنه خلاف الظاهر.

والأولی ما فی (القواعد) : « إن کان باذلاً فلیس للمدّعی الاستیفاء بدون إذنه، وإن کان ممتنعاً فلیس له بدون إذن الحاکم» (3).

الثانیه – أن یکون مقرّاً ممتنعاً من البذل:

والحکم فی هذه الحاله کسابقتها، فلا یجوز التقاص إلا بإذن الحاکم، لأنه

1- 1) جواهر الکلام 40: 388.

2- 2) جواهر الکلام 40: 388.

3- 3) قواعد الأحکام 2: 213.

ولیّ الممتنع، سواء کان معذوراً أو بلا عذر، لأن الحق الثابت فی ذمّته کلّی وتعیّنه لا یکون بدون إذن المدین أو ولیّه فی حال امتناعه - وإن لم یستلزم التقاص ضرراً أو فتنه، بل لا یجوز التقاص خفیه کذلک - هذا بحسب مقتضی القواعد.

لکن مقتضی إطلاق بعض الأدله الآتیه فی الصوره الثالثه هو الجواز.

الثالثه – أن یکون المدین جاحداً للحق:

وفی هذه الحاله خلاف بین الأصحاب، قال المحقق قدّس سرّه: «ولو کان المدین جاحداً وللغریم بیّنه، تثبت عند الحاکم والوصول إلیه ممکن، ففی جواز الأخذ تردّد، أشبهه الجواز، وهو الذی ذکره الشیخ فی الخلاف والمبسوط (۱)، وعلیه دلّ عموم الإذن فی الاقتصاص» (۲).

فذهب المحقق قدّس سرّه هنا - والأکثر کما فی (المسالک) وغیره - إلی الجواز (۳)، والقول الثانی: عدم الجواز، وهو خیره المحقق فی (النافع) (۴). وقد أشار هنا إلی دلیل الجواز بقوله: « وعلیه دلّ عموم الإذن فی الإقتصاص» من الآیات والروایات، فمن الکتاب قوله تعالی: «فَمَنِ اِعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدیٰ عَلَیْکُمْ» (۵)وقوله تعالی: «وَ اَلْحُرُمٰاتُ قِصٰاصٌ» (۶)وقوله تعالی: «فَعٰاقِبُوا بِمِثْلِ مٰا عُوقِبْتُمْ بِهِ» (۷).

ص:۵۸۳

۱- ۱) کتاب الخلاف ۶: ۳۵۵، المسأله ۲۸، المبسوط ۸: ۳۱۰ - ۳۱۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۸.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۶۹.

۴- ۴) المختصر النافع: ۲۷۶.

۵- ۵) سوره البقره ۲: ۱۹۴.

۶- ۶) سوره البقره ۲: ۱۹۴.

۷- ۷) سوره النحل ۱۶: ۱۲۶.

إلا أن فی انعقاد إطلاق هذه الآیات بحیث یمکن الاستناد إلیه فی قبال القواعد تأملاً.

ومن السنّه أخبار:

١ - ما عن ابن رزین قال: « قلت لأبی الحسن موسی علیه السلام: إنی أُخالط السلطان، فتکون عندی الجاریه فیأخذونها والدابّه الفارهه فیأخذونها، ثم یقع لهم عندی المال، فلی أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلک ولا تزد علیه» (١).

وهو ظاهر فی کون کلام الإمام علیه السلام جواباً عن السؤال عن الحکم فی المسأله لا إذناً له فی الأخذ، فیکون الحاصل: جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصیه.

ویبقی الکلام فی أنه هل تتحقّق حینئذ مبادله قهریه بین المالین، أو یکون المال المأخوذ مباحاً له التصرف فیه وما أخذه عامل السلطان مغصوباً أو یکون بدل الحیلوله؟

وأما الأخذ من بیت المال فی مقابل تصرّفات عمّال السلطان، فلا یجوز حتی ولو کانت تصرّفاتهم بعنوان السلطنه والحکومه، فیکون نظیر ما إذا غصب المتولّی لموقوفهٍ مالاً وصرفه فی شئونها، فإنه یضمن فی ماله الشخصی ولا یؤخذ من أموال الموقوفه.

٢ - ما عن أبی العباس البقباق: « أن شهاباً ماراه فی رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلک ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له خذها مکان الألف التی أخذ منک، فأبی شهاب، قال: فدخل شهاب علی أبی عبد اللّه علیه

١- ١) وسائل الشیعه ١٧: ٢٧٢/١. أبواب ما یکتسب به، الباب ٨٣. والسند صحیح.

السلام فذكر له ذلک. فقال: أما أنا فأحبّ أن تأخذ وتحلف» (۱).

۳ - ما عن أبی بکر الحضرمی قال: « قلت له: رجل لی علیه دراهم فجحدنی وحلف علیها، أ یجوز لی إن وقع له قبلی دراهم أن آخذ منه بقدر حقّی؟ قال: فقال نعم، ولکن لهذا کلام، قلت: وما هو؟ قال تقول: اللهم إنی لا آخذه ظلماً ولا خیانه، وإنما أخذته مکان مالی الذی أخذ منی لم أزدد علیه شیئاً» (۲).

قال الشیخ الحرّ: « هذا محمول علی من حلف من غیر أن یستحلف» .

وفی (الجواهر) : « أو عند غیر الحاکم أو نحو ذلک، حتی لا- ینافی غیره من النصوص، ولا ریب فی استحباب القول المزبور، وإن أطنب بعض الناس (۳)بدعوی الوجوب الذی یمکن تحصیل الإجماع علی خلافها» (۴).

۴ - ما عن جمیل بن دراج قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یکون له علی الرجل الدّین فیجحده، فیظفر من ماله بقدر الذی جحده، أیأخذه وإن لم یعلم الجاحد بذلک؟ قال: نعم» (۵).

۵ - ما عن إسحاق بن إبراهیم: « إن موسی بن عبد الملک کتب إلی أبی جعفر علیه السلام یسأله عن الرجل دفع إلیه رجل مالاً لیصرفه فی بعض وجوه البرّ، فلم یمکنه صرف المال فی الوجه الذی أمره به، وقد کان له علیه مال بقدر هذا المال،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۲/۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۸۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۴ عن الشیخ قدّس سرّه - وقد قال الشیخ بعده: الحسن بن محبوب عن سیف بن عمیره عن أبی بکر الحضرمی عن أبی عبد اللّه علیه السلام نحوه. التهذیب ۶ / ۳۴۸.

۳- ۳) نسبه فی المستند إلی الصدوق فی الفقیه والشیخ فی التهذیب.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۰.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۵/۱۰. أبواب التجاره، الباب ۸۳. فیه « علی بن حدید» فعن الشیخ: ضعیف جداً، وقد ضعفه غیره أیضاً.

فسأل: هل يجوز لی أن أقبض مالی أو أردّه علیه؟ فکتب: إقبض مالک مما فی یدک» (۱).

لکن هذه الروایه مجمله، لأنه لمّا لم یمکنه صرف المال فی الوجه الذی أمره به، فما هو وجه الأخذ منه فی قبال المال الذی کان له علیه؟ لأنه إن کان المال موجوداً فتحصل بین المالین المعاوضه القهریه بلا موجب، وإن لم یکن موجوداً فلا ضمان مع عدم التفریط، ولعلّ الروایه کانت تشتمل علی قرائن وخصوصیات لم تصل إلینا، وإلا فلم نجد فی الأخبار علی مورد أذن فیه الإمام علیه السلام بالتصرف فی مال الغیر بلا دلیل شرعی یقتضی جوازه.

فقد دلّت هذه الأخبار بإطلاقها علی جواز الأخذ من مال المقر الممتنع والمدین الجاحد، سواء تمکّن من الإستیذان من الحاکم أولا، وسواء کان ماله الذی بید الغاصب عیناً موجوده أو غیر موجوده.

ولو رفع الأمر - مع ذلک - إلی الحاکم، فإن کان عالماً بصدقه أذن له، وإلا لم یجز له الإذن حتی مقیّداً بکون المدّعی عالماً، کأن یقول له: قد أذنت لک فی الأخذ إن کنت عالماً بحقّک، بل لابدّ من إقامه البیّنه المثبته لحقّه عند الحاکم.

هذا، وقد استدلّ للقول بعدم الجواز: بأن التسلط علی مال الغیر علی خلاف الأصل، فیقتصر منه علی موضع الضروره وهی هنا منتفیه، ولأن الممتنع من وفاء الدین یتولّی القضاء عنه الحاکم ویعیّن من ماله مایشاء، ولا ولایه لغیره.

وأجاب فی (المسالک) بأن کون التسلّط علی مال الغیر بغیر إذنه خلاف

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۵/۸. أبواب ما یکتسب به، الباب ۸۳. والظاهر اعتبار سنده. ولکنه فی مورد الودیعه کما استدل به فی المستند.

الأصل مسلّم، لكن العدول عن مقتضى الأصل لدليل جايز وهو هنا موجود (۱).

وفی (الجواهر) : « بل یمکن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى الحاکم» (۲).

قلت: لیس المورد من قبل الشک السببی والمسببی، بأن یکون الشک فی جواز الأخذ مسبّباً عن الشک فی توقّفه على إذن الحاکم، حتى یکون جریان الأصل فی السبب - بأن یقال الأصل عدم وجوب الرجوع إلى الحاکم، وعدم توقّف الأخذ على إذنه - مزیلاً لموضوعه فی المسبب فیجوز الأخذ، بل إن هنا علماً إجمالیاً بجواز الأخذ، إمّا بالإستقلال وإما مع إذن الحاکم، وانتفاء کلّ واحد منهما بالأصل یلازم ثبوت الآخر عقلاً لا شرعاً.

وبناء على تحقق التعارض بین هذین الأصلین، فإنهما یتساقطان ویکون المرجع قاعده نفی الضرر والضرار فی الإسلام.

وکیف کان، فإن ما ذهب إلیه المشهور هو الأقوى، لأن النصوص الدالّه على الجواز تخصّص عمومات « لا یحلّ مال امرئ» (۳)وبها ینقطع الأصل المزبور، وکأن الإستدلال بأن الممتنع من الوفاء بالدین یتولّى القضاء عند الحاکم ویقوم مقامه، إجتهاد فی مقابله تلک النصوص.

وهذا الخلاف هو فی صوره وجود البیّنه والتمکن من الوصول إلى الحاکم، قال المحقق:

« ولو لم تکن له بیّنه أو تعذّر الوصول إلى الحاکم ووجد الغریم من جنس

ص:۵۸۷

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۷۱.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۵: ۱۲۰/۱. أبواب مکان المصلی، الباب ۳.

ماله، اقتصّ مستقلاً بالإستيفاء» (۱).

قال فی (الجواهر) : بلا خلاف فیه عندنا، بل الإجماع بقسمیه علیه، لإطلاق الأدله المزبوره وغیرها (۲).

حکم الإقتصاص من الودیعه:

قال المحقق: « نعم، لو کان المال ودیعه عنده، ففی جواز الإقتصاص تردّد، أشبهه الکراهه» (۳).

أقول: اختلف الأصحاب فی جواز الإقتصاص من الودیعه، فذهب الشیخ فی (الاستبصار) والمحقق وأکثر المتأخرین کما فی (المسالک) و (الجواهر) إلی الجواز علی کراهه (۴)، وذهب الشیخ فی (النهایه) وجماعه إلی التحریم (۵)، ومنشأ الخلاف هو اختلاف الروایات بظاهرها فی هذه المسأله.

فممّا یدلّ علی الجواز: عموم الأدلّه السابقه فی المسأله المتقدمه، وخصوص:

۱ - خبر أبی العباس البقباق: « إنّ شهاباً ماراه فی رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلک ألف درهم. قال أبو العباس فقلت له: خذها فکان الألف التی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.
۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۱.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.
۴- ۴) الاستبصار ۳: ۵۳/۱۷۲، ذیل الحدیث. مسالک الأفهام ۱۴: ۷۱. ایضاح الفوائد ۴: ۳۴۷. الدروس الشرعیه ۲: ۸۶. قواعد الأحکام ۳: ۴۴۸. مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۰. جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۱.
۵- ۵) النهایه: ۳۰۷. غنیه النزوع ۲: ۲۴۰. الکافی فی الفقه: ۳۳۱. جواهر الفقه: ۲۲۸ - ۲۲۹، المسأله ۷۹۲.

أخذ منك، فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبى عبد اللّه عليه السلام فذكر ذلك له. فقال: أما أنا فأحبّ أن تأخذ وتحلف» (۱)فقد دلّ هذا الخبر على الجواز من غير كراهه.

۲ – وخبر على بن سليمان قال: « كتبت إليه: رجل غصب مالاً أو جاريه، ثم وقع عنده مال لسبب وديعه أو قرض مثل خيانه أو غصب (مثل ما خانه أو غصبه) ، أيحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم، يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلّم الباقى إليه إن شاء اللّه» (۲).

ومما احتجّ به القائل بالتحريم – بعد عمومات النهى عن التصرف فى مطلق الأمانه، والعمومات الدالّه على عدم جواز التصرّف فى مال الغير إلا بإذنه:

۱ – ما عن سليمان بن خالد قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال، فكابرنى عليه وحلف، ثم وقع له عندى مال، آخذه (فآخذه) لمكان مالى الذى أخذه وأجحد وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبته عليه» (۳).

۲ – ما عن معاويه بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قلت له: الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه، ثم يستودعنى مالاً إلى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا، هذه الخيانه» (۴).

۳ – ما عن ابن أخ الفضيل بن يسار قال: « كنت عند أبى عبد اللّه عليه

۱– ۱) وسائل الشيعه ۱۷: ۲۷۲/۳. أبواب ما يكتسب به، الباب ۸۳.

۲– ۲) وسائل الشيعه ۱۷: ۲۷۵ نفس الباب السابق.

۳– ۳) وسائل الشيعه ۱۷: ۲۷۴ نفس الباب السابق.

۴– ۴) وسائل الشيعه ۱۷: ۲۷۶/۱۱. أبواب ما يكتسب به، الباب ۸۳.

السلام ودخلت امرأه وکنت أقرب القوم إلیها، فقالت لی: اسأله، فقلت: عمّاذا؟ فقالت: إن ابنی مات وترک مالاً کان فی ید أخی فأتلفه، ثم أفاد أخی مالاً فأودعنیه، فلی أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شیء، فأخبرته بذلک فقال: لا، قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: أدّ الأمانه إلی من ائتمنک ولا تخن من خانک» (۱).

قال فی (المسالک) : وفی هذا الحدیث دلاله من ثلاثه مواضع. . .

قلت: والوجه هو الجمع بین الطرفین، بالحکم بالجواز علی کراهه، فیحمل خبر أبی العباس - الظاهرفی عدم الکراهه - علی بعض الوجوه، کأن یکون رجوعه إلی الحاکم وحلفه عنده أحبّ إلی الإمام علیه السلام دفعاً لتوهّم الخیانه، أو أن یکون المراد أن أخذه یوجب فراغ ذمّه الرّجل وخلاصه من العقاب الاُخروی من هذه الناحیه، وهذا الأمر أحبّ إلیه علیه السلام، ومن هنا کانت الفتوی بالنسبه إلی من کان مدیناً لشخص، فمات الدائن وقد استقرّ علیه الحج، أن لا یسلّم المال إلی وارثه فی حال علمه بأنه لا یستأجر من یحج عن المیت، بل علیه أن یستأجر بذاک المال من یحج عنه.

ویحمل خبر ابن أخ الفضیل أیضاً - الدال علی المنع من وجوه - علی بعض الوجوه کما فی (المسالک) (۲).

ومع إمکان هذا الجمع الدّلالی لاتصل النوبه إلی الترجیح أو التساقط.

ص:۵۹۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۷۳ نفس الباب السابق.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۷۲.

لو كان من غير جنس الموجود:

قال المحقق: « ولو كان المال من غير جنس الموجود، جاز أخذه بالقيمه العدل ويسقط اعتبار رضا المالك بإلطاطه، كما يسقط اعتبار رضاه فی الجنس» (۱).

أقول: لا خلاف فی شیء من ذلک بیننا کما فی (الجواهر) ، فالحکم فی متّحد الجنس ومختلفه سواء، وهو مقتضی إطلاق الأدله السابقه وخصوص خبر ابن رزین فی الجاریه والدابّه الفارهه. وهذا فی صوره تلف المال الذی فی ذمّه الغاصب واضح.

وأما مع وجوده، فالکلام فی أنه هل یکون الذی بیده ملکاً له بهذا التقاص، بأن تتحقق المبادله القهریه بین المالین، أو یکون ما یأخذه صاحب الحق بدل الحیلوله، بمعنی تجویز الشارع له أخذ مال الغاصب بدل حیلولته بینه وبین تصرّفاته فی ملکه، نظیر ما لو کسر شخص إناء إنسان، فإنه یجب علیه دفع ثمنه ثم یکون هذا المکسّر ملکاً لصاحب الإناء، بمعنی أن المال الذی دفعه کان فی مقابل الإتلاف، ولکن لا یخرج المکسر عن ملک صاحب الإناء، وتظهر الثمره فی الصلاه فیه مثلاً؟

ولا یبعد أن یکون الوجه الثانی هو الأظهر، إن کان الأمر نظیر کسر الإناء، دون ما إذا کان نظیر إلقائه فی البحر مثلاً حیث المالیه غیر منتفیه.

ص:۵۹۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

جواز تولّی بیع الودیعه:

قال المحقق: « ویجوز أن یتولّی بیعها وقبض دینه من ثمنها دفعاً لمشقه التربص بها» (۱).

أقول: إن کـان التربص واجبـاً رفع وجوبه بـدلیل نفی الحرج، لکن له أن یتملّکهـا ثم یبیعها ولا حرج فی هـذه الصوره، نعم، بناءاً علی اعتبـار المماثله بین الودیعه والمال الـذی فی ذمه الغاصب یتم ما ذکره، کما أن ما ذکره صاحب (الجواهر) (۲)من أنه یجوز له بیع ثمنها إلی أن ینتهی إلی ما یساوی حقّه فی الجنس ثم یأخذه مقاصه، لا یمکن المساعده علیه.

والعمـده هو إطلاـق الأـدله، فإن مقتضاه عـدم اعتبار المماثله مطلقاً، أی سواء أمکن الاقتصار فی المقاصّه علی الأخـذ من جنس حقّه أو لم یمکن.

لو تلفت الودیعه قبل البیع فهل یضمن؟

قال المحقق: « ولو تلفت قبل البیع، قال الشیخ: الألیق بمذهبنا أنه لا یضمنها (۳)، والوجه الضمان، لأنه قبض لم یأذن فیه المالک، ویتقاصّان بقیمتها مع التلف» (۴).

أقول: قد وقع الخلاف فی الضمان بالتلف قبل البیع للإقتصاص، فإن هذا

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۳۹۴.

۳- ۳) المبسوط فی فقه الامامیه ۸: ۳۱۱.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

يريـد حقّه من المـدين وذاک يريد ثمن ماله الذی تلف بيد هذا، فإن کان المثمن والثمن متساويين من حيث القيمه، فيقع التهاتر أو التقاص من الطرفين، وإن کان هذا أکثر فحقّه باق بمقداره، فإذا لم يضمن کان له التقاص مره اخری، وهل يضمن؟

قال الشيخ: لا، وقال المحقق: « الوجه الضمان» .

وجه الأول: إن تسلّطه علی المال کان بإذن من الشارع، وحينئذ، لا ضمان مع کون اليد مأذونه.

ووجه الثانی: هو إن مجرد الإذن الشرعی لا يقتضی عدم الضمان.

أقول: إن کـان المسـتفاد من النصوص جواز الاقتصاص مع خلوّها عن الإذن فی التصـرفات الاخری وحتی عن الإمساک زماناً ثم التقـاص – والمفروض أنه لم يکن عنـده وديعه – فالضـمان متحقق بلاـ کلام، وإن تلف فی حال التقاص المأذون فيه فهـذا محل الکلام.

قال فی (الجواهر) : إنه لا منافاه بين إذن الشارع وبين الضـمان، بعد أن لم يکن فی شـیءمن النصوص الحکم بکونه قبض أمانه، فيندرج فی ما دلّ علی عدم ضمانها، کما أنه ليس فی شیء من الأدلّه الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه علی وجه يکون المقام منها موضوعاً وحکماً، إذ ليس إلا الإذن فی القبض لاستيفاء حقّه، وهو أعم من الإئتمان الذی لا يستعقب الضـمان کالإلتقاط ونحوه، وليس کـلّ مـا أذن الشـارع فی قبضه يکون أمـانه، خصوصـاً القبض لمصـلحه القـابض التی هی استيفـاء حقّه منها، بل ذلک من المالـک لا يقتضـی الائتمان المزبور، وحينئـذ، فتبقی قاعـده ضـمان مال المسـلم المسـتفاده من عموم « علی اليـد» وغيره بحالها، ويتقاصّان بقيمتها مع التلف.

قلت: الإسـتدلال بالحـديث يتوقّف علی عمومه للمقـام، لکن قاعـده اليـد جعلت حکماً مغيیً بوجوب الأداء، وفيما نحن فيه يبنی الأخذ علی عدم الردّ ويريد

ص:۵۹۳

التقاص، بل إن هذه القاعده منصرفه عن اليد غير العدوانيّه، وإذا سقطت القاعده ولا دليل غيره، فالأصل عدم الضمان.

ثم قال فی (الجواهر) : « مضافاً إلی أن القبض للمقاصه هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولی من قبض السوم» (۱).

وفیه: إنه فرق بین الموردین، ففی قبض السوم أقدم القابض علی القبض بانیاً علی دفع العوض، وقد أذن المالک بالقبض إذناً مقیّداً بالعوض، وإذن الشارع فی القبض هناک تابع لإذن المالک.

وفیما نحن فیه، قد عرفت عدم شمول قاعده الید للمقام أو انصراف دلیلها عنه، فبین المقامین فرق واضح.

وبناء علی شمول القاعده للمقام، یقع البحث فی أنه هل أذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الإذن أعم؟ أما مع الشک فی ثبوت الضمان وعدمه، فهل المرجع هو عموم علی الید أو یستصحب حکم المخصص وهو « لیس علی الأمین إلا الیمین» (۲).

لقد تقرّر فی محله أن الحق استصحاب حکم المخصص، فیکون الحکم فی المقام عدم الضمان، مثل ما إذا قلنا بعدم شمول القاعده من أول الأمر.

وقال العراقی: « یمکن أن یقال بأن الشک فیه مسبب عن الشک فی صیرورته ولیّاً علی التصرف، فأصاله عدمها حاکمه علی الأصل المزبور، بعد الجزم بأن ولایته السابقه علی حفظه انعدمت، واستصحاب مطلق ولایته غیر جار، لأنه من باب استصحاب الکلّی من القسم الثالث» .

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۵۴.

۲- ۲) انظر رساله قاعده ضمان الید ضمن (اشاره السبق) : ۳۸.

قلنا: هنا مطالب:

الأـول: إن الولاـيه هنا ليست غير إذن الشارع فى التصـرف، فإنّه بمجرّد الإذن الشـرعى يكون الأمر موكولاً إليه، ولا نعنى بالولايه إلا ذلك.

الثانى: لو سلّمنا أن الولايه أمر زائد على الإذن، فإن اختلاف الموجب للولايه لا يوجب الإختلاف والتعدد فى الولايه نفسها، فإذا كان لشـخص ولايه فى التصـرف فى المال من جهه الائتمان فى اليوم الماضى، وثبت له الولايه اليوم من جهه التقاص، لم يتحقق له فردان من الولايه.

والثالث: إن عـدم ثبوت الضـمان بالتصـرف بالأمس، كان من جهه إذن المالك، واليوم من جهه إذن الشارع، فعـدم ثبوته واحد، ومع الشک يستصحب بلا مانع.

ص:۵۹۵

مسألتان

الاولی: (من ادّعی ما لا ید لأحد علیه قضی له)

قال المحقق قدّس سرّه: « من ادّعی ما لا ید لأحد علیه قضی له» (1).

أقول: هـذه قاعـده کلیّه تنطبق علی المصـادیق المختلفه، فمن ادّعی ما لا یـد لأحـد علیه، سواء کان درهماً أو دیناراً أو حیواناً أو کتاباً أو غیر ذلـک، وسواء کـان بین جمـاعه أو لا، قضـی له من غیر بیّنه ویمین، کما یقبل قوله عنـد جمیع العقلاء، وللحاکم أن یعتمـد علی هـذه السیره فیجعلهـا طریقـاً إلی الواقع ومـدرکاً لحکمه، إذ لا یشترط فی حکم الحاکم أن یکون فی مورد المرافعه دائماً.

فالملاک عنـد العقلاء أن یـدّعی المـدّعی الشـیء الـذی لا یـد لأحـد علیه ولا یکون معارض لهـذا المـدّعی، ولـذا أضاف فی (القواعـد) قید عدم منازعه أحد له (2)، وهو ظـاهر (المسالـک) حیث قال بعـد ذکر الروایه الآتیه: « ولأنه لا منازع له حتی یطلب منه البینه» (3).

1- 1) شرائع الإسلام 4: 109.

2- 2) قواعد الأحکام 3: 449.

3- 3) مسالک الأفهام 14: 76.

والمراد من « اليـد» فى قوله « ما لا يد لأحد عليه» هى اليد الفعليه، بأن لا يكون لأحد يد على الشـىء حين الدعوى، والمراد من « قضـى له» أن يحكم الحـاكم - إن رجع إليه فى القضـيه - بكون الشـىء ملكـاً للمـدّعى، فكأنه يطبق فى تلك القضـيه الشخصـيه الفتوى الكليه بـأن من ادّعى شـيئاً ولاـ معارض له فهو له، نظير ما إذا أفتى فتوى كلّيه بكون الحبوه للولـد الأكبر، ثم إذا سـئل عن مالك هـذا السـيف الموجود ضـمن تركه هـذا الميت - وهو يعلم بأن زيـداً هو الولـد الأكبر - حكم بكونه لزيد من جهه أنه من الحبوه، تطبيقاً لتلك الفتوى الكلّيه على هذه القضيه الشخصيه، فيكون بحكم الحاكم بمنزله ذى اليد.

وقد استظهر من (المسالك) أن المراد من « قضى له» عدم التعرّض له، وعدم منعه من التصرف فى العين، وهو بعيد.

فالـدليل على هذا الحكم هو السـيره العقلائيه، وعلى طبقها حكم الإمام عليه السـلام فيما رواه منصور بن حازم فى قضـيه هى من مصاديق تلك القاعده الكليه التى ذكرناها، ومن هنا قال المحقق قدّس سرّه:

« ومن بابه أن يكون كيس بين جماعه فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون: لا ويقول واحد: هو لى، فإنه يقضى به لمن ادّعاه» (1).

أي: كما رواه منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه عليه السـلام قال: « قلت: عشره كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلّهم: لا، وقال واحد منهم: هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

ادّعاه» (۱).

ومن الأصحاب من استدلّ بهذه الروايه على الحكم فى غير هذه المسأله.

قلت: ومع كون الدليل منحصراً بها يشكل التعدّى عن موردها، فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن من مدلولها.

وأما إشكال المحقق الأردبيلى بعدم إحراز كون « يونس» الراوى عن منصور هو « يونس بن عبد الرحمن» الثقه (۲)، فقد أجاب عنه فى (مفتاح الكرامه) بأن الشيخ وإن لم يذكر اسم أبيه فى التهذيب، لكن المذكور فى النهايه: يونس بن عبدالرحمن (۳).

واستدل فى (الجواهر) للحكم المذكور بأصاله صحّه قول المسلم وفعله، بل كلّ مدّع ولا معارض له (۴).

وأُشكل عليه: « بأن من المحقق فى محلّه عدم قيام دليل على وجوب حمل قول المسلم على الصحه بمعنى الصدق، فيكون الأصل فى قول المسلم الحجّيه إلاـ ما خرج بالدليل، بل ظاهر الأدله خلافه، نعم، الصحه بمعنى عدم اللغويه أو المشروعيه قام الدليل على وجوب حمله عليها، لكن الصحه بهذا المعنى لا ربط لها

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۷۴/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۷.

۲- ۲) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۱۱۱.

۳- ۳) سند الخبر صحيح، وما ذكرناه عن مفتاح الكرامه، هو صريح الشيخ الحر فى وسائل الشيعه وتجده فى النهايه: ۳۵۰ ط لبنان.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۰: ۳۹۷.

بالمقام ولا تنفع المستدل أصلًا، كما لا يخفى.

هـذا، مضافاً إلى ما أفاده الاسـتاذ العلامه من أنه لو كان الأصل فى قول المسـلم الحجّيه والصِّـدق، لكان وارداً على اليـد أيضاً لو كان فى مقابله يد نظير البينه، فلا يحتاج إلى إقامه البينه، وهذا مما لا يذهب إليه أحد» (١).

أقول: إن المراد من أصاله حمل قول المسـلم وفعله على الصـحّه هو حمل أفعاله المتعلقه بنفسه، وسـماع كلامه فى كلّ أمر يتعلّق به على الصـحه، فلو ادّعى كون الشـىء له – ولم يكن له معـارض – سـمع قوله من جهه أنه أبصـر بـأُموره وبمعرفه مـا يملكه وما يتعلّق له به حق ويعود إليه من غيره، وبهـذا التقريب ينـدفع الإشـكال المـذكور، والنقض بعـدم سـماع قوله بالنسـبه إلى ما فى يد غيره، غير وارد، لوضـوح أنهـا دعوى بالنسـبه إلى أمر راجع إلى غيره، وقـد ذكرنـا أن مجرى الأصـل المزبور هو الامـور المتعلقه بنفسه، ومن هنـا يقبل قوله إن قال بالنسـبه إلى شـىء فى يـده: إنه ليس لى، وإن كان له يـد عليه، وليس قبول قوله هـذا من جهه كونه إقراراً.

وقد اسـتظهر صاحب (الجواهر) من الخبر المذكور قبول دعوى المدّعى ولو بعد قوله ليس لى، قال: بل قد يقال بظهور الصـحيح المزبـور فى قبـول دعـوى المـدّعى ولـو بعـد قوله: ليس لى، بنـاءاً على إراده الحقيقه من قوله كلّهم. قـال: ويمكن أن يكون على القواعد أيضاً، لأصاله صحه قوليه معاً باحتمال التذكر وغيره، لعدم المعارض (٢).

قلت: ما ذكره يتوقّف على أن يكون القائل هو لى من جمله القائلين: لا، وليس فى الخبر ظهور فى ذلك، فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن وهو أن لا يكون منهم.

ص:٥٩٩

١- ١) كتاب القضاء للمحقق الآشتيانى: ٣٥٠.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٩.

وقال ابن إدريس بعد الروايه: « فقه هذا الحديث صحيح، وليس هذا مما أخذه بمجرّد دعواه وإنما لم يثبت صاحب سواه، واليد على ضربين: يد مشاهده ويد حكميّه، فهذا يده عليه يد حكميه، لأن كلّ واحد منهم نفى يده عنه وبقى يد من ادّعاه عليه حكميه، ولو قال كلّ واحد من الجماعه فى دفعه واحده أو متفرقاً هو لى، لكان الحكم فيه غير ذلك، وكذلك لو قبضه واحد من الجماعه ثم ادّعاه غيره، لم يقبل دعواه بغير بيّنه، لأن اليد المشاهده عليه لغير من ادّعاه، والخبر الوارد فى الجماعه أنهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يداً لا ـ من طريق الحكم ولا ـ من طريق المشاهده، ومن ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينه، ففقهه ما حرّرناه، وأيضاً، إنما قال ادّعاه من حيث اللغه، لأن الدعوى الشرعيه من ادّعى فى يد غيره عيناً أو ديناً» (1).

وما ذكره قدّس سرّه مشكل جدّاً، ولو كان هنا يد وكانت العين فى الحقيقه للغير وقد تلفت بتلف سماوى، لزم أن يكونوا ضامنين له، وهذا لا يقول به أحد.

۱- ۱) السرائر فى الفقه ۲: ۱۹۵.

الثانیه: (لو انکسرت سفینه فی البحر فما هو حکم ما خرج منه؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو انکسرت سفینه فی البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله، وما أُخرج بالغوص فهو لمخرجه، وبه روایه فی سندها ضعف» (۱).

أقول: لقد نسب هذا الحکم إلی الأشهر عن الأصحاب، والأصل فیه روایه قال المحقق: فی سندها ضعف.

قلت: عمل المشهور بها یجبر ضعف سندها، وهی خبر الشعیری، قال: « سألت الصادق علیه السلام عن سفینه انکسرت فی البحر، فأُخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق منها. فقال: أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، اللّه تعالی أخرجه لهم، وأما ما أُخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به» (۲).

إنما الکلام فی حکم المسأله بحسب القواعد مع غض النظر عن الروایه، سواء قلنا باعتبارها سنداً بالإنجبار أو قلنا بعدمه لعدم الموافقه علی الکبری أو عدم ثبوت عمل المشهور بها. . .

قد یقال: إن الوقوع فی البحر فی حکم التلف وإلا فلیس الإخراج بالغوص من الامور الموجبه لانتقال الملک، وحیث کان فی حکم التلف فقد خرج عن ملک

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۰۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۶۲/۲. أبواب اللقطه، الباب ۱۱.

مالكه، فمن أخرجه ملكه، كما تملك المباحات بالحيازه.

إلّاأنه مشكل جدّاً.

نعم، إنما يتم فی صوره إعراض المالک، بناءاً علی کون مجرّد الإعراض مخرجاً عن الملک، وقد استشکل فی (الجواهر) فی ذلک بأن زوال الملک یتوقف علی سبب شرعی کتوقّف حصول الملک علیه (١).

لکن الظاهر: أن العقلاء یعتبرون الإعراض مخرجاً، فمن أعرض عن شیء له خرج عن ملکه عندهم، ولأن « الناس مسلّطون علی أموالهم» ، لکن الکلام فی الصغری، فإن کان الوقوع فی البحر مصداقاً للتلف الذی یزول معه اعتبار الملکیه أو مقروناً بالإعراض المخرج عن الملکیه، کان ما أخرجه الغائص ملکاً له.

وکیف کان، فالحکم فی المسأله ما ذکروه، للخبر المذکور، لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور (٢)خلافاً للجواهر، واحتمال إراده کون الجمیع لأهله، کما فی

ص:۶۰۲

١- ١) جواهر الکلام ۴۰: ۴۰۱.

٢- ٢) أقول: هذا سند الخبر: محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن یحیی عن أبی عبد اللّه، عن منصورابن العباس، عن الحسن بن علی بن یقطین، عن أُمیه بن عمرو عن الشعیری. وفیه ضعف من جهات، وانجبار ضعفه بالعمل - بناءاً علی القول به - یکون فیما إذا علم بأنه الذی استند إلیه الأصحاب وأفتوا علی طبقه. لکن فی المقام خبر آخر وهو: « محمد بن یعقوب عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن النوفلی عن السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث عن أمیر المؤمنین قال: وإذا غرقت السفینه وما فیها فأصابه الناس، فما قذف به البحر علی ساحله فهو لأهله وهم أحق به، وما غاص علیه الناس وترکه صاحبه فهو لهم) وسائل الشیعه الباب ١١ من أبواب اللقطه، وهو فی الکافی ۵ / ٢۴٢، وسنده معتبر علی ما تقدم منا فی بعض تعلیقات الکتاب. والخبر الأول وإن ذکره الشیخ فی النهایه - وبعض الفقهاء فی الکتب الفقهیه - غیر مذکور فی التهذیب علی ما ذکر مصحح الوسائل حیث قال « ما وجدت غیر الحدیث الذی رواه الکلینی فی ج ۵ ص ٢۴٢. ورواه الشیخ فی التهذیب سنداً ومتناً» انظر: التهذیب ٧ / ٢١٩. وفی الخبر الثانی زیاده علی الأول، وهی جمله: « وترکه صاحبه» وفیها إشاره إلی قضیه أن الإعراض مخرج عن الملک، ومن هنا یتم حمل الحکم فی الأول علی هذه القاعده، ولا حاجه إلی الحمل علی الیأس کما فی السرائر، وبهذا یظهر ما فی کلام المحقق الرشتی من منع کون الإعراض سبباً لخروج المال عن ملک المعرض حتی یتملکه القابض بالحیازه قائلاً: « إذ لا دلیل علی ذلک» ، کما یظهر بذلک کون المقام صغری للقاعده بلا کلام.

(الجواهر) وعن بعضهم الجزم به (1)، خلاف الظاهر إنصافاً.

ص:۶۰۳

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۰۰.

الکلام فی: الإختلاف فی دعوی الأملاک

اشاره

وفیه مسائل:

ص:۶۰۵

المسأله الأولى: وفيها صور:

الصوره الاولى: لو تنازعا عيناً فى يدهما ولا بيّنه

قال المحقق: « لو تنازعا عيناً فى يدهما ولا بينه، قضى بينهما نصفين، وقيل: يحلف كلّ منهما لصاحبه» (١).

أقول: لو تنازعا عيناً ولا بيّنه لأحدهما، فتاره: تكون العين فى يدهما معاً، وأخرى: تكون فى يد أحدهما خاصه، وثالثه: تكون فى يد ثالث.

ففى الصوره الاولى، لا خلاف فى أنه يقضى بينهما نصفين، بأن تكون نصف العين لهذا ونصفها الآخر لذاك، إلا أن الخلاف فى توقّف ذلك الحكم على أن يحلف كلّ من المدعيين لصاحبه وعدمه، فظاهر المحقق قدّس سرّه هنا وجماعه الثانى (٢)، واختار فى (النافع) - كما قيل - الأول، وعليه جماعه، بل قيل إنه المشهور (٣)، وتظهر الثمره فى صوره نكول أحدهما بناءاً على التوقف، فإنه يحكم بكون كلّها للآخر.

واستدل للقول الأول: بأن هذه الصوره من مصاديق قولهم عليهم السلام:

ص:٦٠٧

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١٠.

٢- ٢) كتاب الخلاف ۶: ٣٢٩، المسأله ١. غنيه النزوع ٢: ۴۴۴. اصباح الشيعه: ۵٣١.

٣- ٣) المختصر النافع: ٢٧٧. كشف الرموز ٢: ۵٠٧. المهذب البارع ۴: ۴٨٧. كفايه الأحكام ٢: ٧٢۵. مسالك الأفهام ١۴: ٧٨. جواهر الكلام ۴٠: ۴٠٣.

« البینه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه» (۱)وقوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « إنما أقضی بینکم بالبیّنات والأیمان» (۲)بتقریب: إنّ کلّ واحد من المدّعیین قد وقعت یده فی الحقیقه علی نصف العین المتنازع فیها، لأن یده علی النصف الآخر معارضه بید الآخر، فیکون کلّ واحد منهما ذا ید علی نصف العین ومالکاً له بمقتضی یده، ومدّعیاً لملکیه النصف الآخر الذی هو فی ید صاحبه، والآخر ینکر دعواه، فکلّ منهما مدّع ومدّعی علیه، وحیث أنه لا بیّنه لأحد الطرفین، وجب علی کلیهما الیمین باعتبار أنهما منکران، فإذا حلفا حکم بالتنصیف.

واستدل للثانی: بأن کلّ واحد منهما یدّعی ملکیّه کلّ العین، ولا ریب فی مخالفه دعوی أحدهما للواقع، وحینئذ، فلا کاشفیه لید أحدهما بالنسبه إلی ملکیه الکلّ، لوجود المعارض، بل یتساقطان، فلا مدّعی ولا مدّعی علیه، ویکون الحکم هو التنصیف، وقد ادّعی علیه الإجماع، وهو ظاهر المرسل المنجبر ضعفه بما ذکر، حیث روی « إن رجلین تنازعا دابّه لیس لأحدهما بیّنه، فجعلها النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم بینهما» (۳)فیکون المورد نظیر العین التی یدّعیها اثنان ولا ید لأحدهما علیها، فالحکم هو التنصیف لا القرعه، للنص والإجماع، ولیس مورداً للحلف.

ویحتمل هنا الحکم بالتحالف، بأن یحلف کلّ واحد علی ما یدّعیه ونفی ما یدّعیه الآخر، ثم یقع البحث فی کیفیه الحلف.

ولو فرض أن کلّ واحد جاء ببیّنه علی ما یدّعیه، فإن البیّنتین تتعارضان،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۳۴ الباب ۳ من ابواب کیفیه الحکم.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۳۳/۳. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۳.

۳- ۳) سنن البیهقی ۱۰: ۲۵۵.

فإن حلف أحدهما طبق بيّنته حكم له، وإن لم يحلفا أو حلف كلاهما حكم بالتنصيف.

وربما يجمع بين القولين الأولين فى المسأله بأن القول بالحلف هو فى صوره مطالبه الخصم، والقول بعدم لزومه هو فى صوره عدمها، وهذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم.

وصاحب (الجواهر) ينكر شمول قاعده « البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه» لهذه الصوره، بتقريبين:

ففى الأول: بسقوط اليد بالمعارضه، فلا مدّعى عليه، فيحكم بالتنصيف، عملاً بالنص، أو من جهه أنه طريق عقلائى، إذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليدين معاً فيحكم العقلاء بذلك.

وفى الثانى: إنه لا مدّعى فى هذا المقام، من جهه أن كلّاً منهما ذو يد، فكلّ منهما مدّعى عليه، ولذا لو ادّعى ثالث هذه العين طالباه بالبينه على ما يدّعيه، ثم قال: اللهم إلا أن يقال إن اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لاحدى البينتين. . .

قلت: ولكن لا دليل على كون اليمين مرجحه فيما نحن فيه.

قال: أو يقال: إن لكلّ منهما إحلاف صاحبه، بمعنى أن التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه ولا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كلّ منهما ميزان القضاء. وكأن هذا هو الذى فهمه الإصبهانى فى كشفه عن المصنف فى النافع.

ثم إن صاحب الجواهر تنظّر فيما ذكره كاشف اللثام.

وحاصل كلام (الجواهر) هو اختيار القول الأول (1).

ص:609

1- 1) جواهر الكلام 40: 403.

لكن الإنصاف أن القول الثانى غير بعيـد، لأن أهل العرف يرون لكلّ واحـد منهما يداً على النصف، فتحقق صـغرى قاعده « البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه» .

أما حق الدعوى، ففى سقوطه بإسقاط صاحبه تأمل، وعلى فرضه، فإنه لا يحكم الحاكم بكون مورد الدعوى للمدّعى عليه.

وحيث رضـى المـدعى بيمين صـاحبه وحلـف، فقـد ذهبت اليمين بحقّه، وعلى هـذا يمكن حمـل القول الثـانى، أى إنه مع رضـا الخصم بيمين خصـمه فلا تـداعى بينهما حتى يحلف كلاهما، بل إن حلف الخصم أخـذ الكلّ، فلا تنصـيف، فالقول بالحلف هو فى صوره تحقق التـداعى بينهما، لكن يبقى الكلام فى كفايه الرضا باليمين هنا، مع أن المورد ليس مورداً حقيقياً لقاعده المدّعى والمنكر، إلا أن يقال بعموم نصوص « ذهبت اليمين بحقه» لهذا المورد.

ولو لم يكن بينهمـا تـداع وقـد ماتـا والعين فى أيـديهما، فهى على النصف بينهما، لعـدم التـداعى، وعلى تقـديره من الورثه، فإن حلف أحدهما دون الآخر برضاه أخذ العين كلّها، وإن تداعيا فالقولان.

وإن ادّعى أحد الشـريكين فى تركه على الآخر العلم باسـتحقاق جميع تلك العين بهبه المورّث مثلاً، فهنا يحلف الآخر على نفى العلم.

ولو ادّعى الآخر هذه الدعوى كذلك، وقع التداعى، فيحلفان على نفى العلم.

وعلى القول الثانى، فمن الذى يحلف أوّلاً؟ المتّجه وفاقاً للجواهر يتّصل الأسبق منهما، ومع الاقتران قال: يقدّم من كان على يمين صاحبه، ويحتمل القرعه أو جعل الأمر بيد الحاكم نفسه.

الصوره الثانیه: لو کانت ید أحدهما علیها

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو کانت ید أحدهما علیها، قضی بها للمتشبث، مع یمینه إن التمسه الخصم» (۱).

أقول: والصوره الثانیه: أن تکون ید أحد المتنازعین علی العین، وهذه الصوره هی المصداق المتیقّن لأدلّه: « البیّنه علی المدّعی والیمین علی المدّعی علیه» فصاحب الید هو المدّعی علیه والآخر المدعی، والمفروض عدم البینه، فیحلّف من هی بیده، فإن حلف قضی بکونها له، وإن نکل عن الیمین فالقولان: من القضاء بالنکول أو مع ردّ الیمین.

الصوره الثالثه: لو کانت یدهما خارجه وفیها صور:

اشاره

قال: « ولو کانت یدهما خارجه، فإن صدّق من هی فی یده أحدهما أُحلف وقضی له» (۲).

۱ – أن یصدّق من هی بیده أحدهما

أقول: والصوره الثالثه: أن تکون العین فی ید ثالث ویدهما معاً خارجه عنها، فهنا صور، ذکر المحقق الاولی بقوله: (فإن صدق من هی فی یده أحدهما أُحلف وقضی له) ووجه ذلک: أن العین تکون بإقرار الثالث ملکاً لزید مثلاً، فیکون زید صاحب الید علی العین والمدّعی علیه وعمرو هو المدعی، وحیث أنه لا بیّنه فی المقام، فإنه یحلف زید ویقضی له، کذی الید فی قیام الشاهد الواحد فعلاً علی ملکه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.

لكن هنا بحث، من جهه أن ذا اليـد فى هذه الصوره هو الثالث، وقد كانت العين فى يده من أول الأمر، فإن صدّق زيداً فى دعواه كون العين له، فـإن القـدر المسلّم به من تأثير هـذا الإقرار خروج العين عن ملك الثالث، لأن « إقرار العقلاء على أنفسـهم جائز» وأما حجيه هذا الإقرار فيما زاد عن ذلك – وهو كون العين لزيد المقرّ له – فإنها مبنيه على القول بحجيه الإقرار بالنسبه إلى الغير، وهـذا أمر مختلف فيه، كما تقـدم فى محلّه، فإنه – بناءاً على القول بعـدم ترتب الأثر على الإقرار بالنسبه إلى الغير – تخرج العين هنا عن ملك الثالث، ولا يكون زيد ذا يد عليها حتى لو سـلّمها الثالث إليه بعد الدعوى، بل تكون عيناً لا يد لأحد عليها، وتجرى حينئذ أحكام تلك الصوره.

وبالجمله، فقول الأكثر بكون زيـد المقرّ له ذا يد، يتوقّف على أن يكون إقرار الثالث حجه شـرعيه بالنسـبه إلى زيد، فيكون ذا يد على العين ومدّعى عليه، وإلا فلا دليل على ذلك، نعم، ذكر فى (المستند) دليلين:

أحـدهما: بناء العقلاء على جعل زيـد فى مفروض المسأله ذا اليـد على العين ويعاملونه معامله المالك للمال، وهذا نص كلامه: « ويدلّ على كونه للمصدّق له: إنه حينئذ يكون ذا اليد، فإن ظاهر العرف أن من أسـباب صدق اليد كون الشـىء تحت تصرف من ثبت أنه مباشره، كالوكيل والأمين والمستودع والمستأجر والمستعير، أو أقرّ بذلك. . .» .

والثانى: الروايات، حيث قال: « ويدلّ عليه أيضاً أنه أقر الثالث بكونه له، ومن أقّر شـيئاً فى يده لأحد فهو له. . . للمسـتفيضه الدالّه على من أقر بعين لأحد فهو له:

كمرسله جميل: فى رجل أقرّ أنه غصب رجلاً على جاريته وقد ولدت

الجاريه من الغاصب، قال: تردّ الجاريه وولدها على المغصوب إذا أقر بذلك أو كانت له بينه» (1). . .

وصحيحه سعد بن سعد: « عن رجل مسافر حضره الموت، فدفع مالاً إلى رجل من التجّار، فقال: إن هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل ولا كثير، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذى جعله له ما مرّ، ولا يدرى صاحبه ما الذى حمله على ذلك، وكيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء» (2).

ومثلها صحيحه إسماعيل الأحوص. . . (3).

وصحيحه أبى بصير « عن رجل معه مال مضاربه فمات وعليه دين، فأوصى أن هذا الذى ترك لأهل المضاربه، أيجوز ذلك؟ قال: نعم، إذا كان مصدقاً» (4)أى لم يكن متّهماً.

ويؤيده أيضاً روايه المهتدى: « إن أخى مات فتزوّجت امرأته، فجاء عمّى وادّعى أنه تزوّجها سرّاً، فسألتها عن ذلك، فأنكرت أشد الإنكار، وقالت: ما كان بينى وبينه شىء قط. فقال: يلزمك إقرارها ويلزمه إنكارها» (5)(6).

ثم إن الحكم لزيد المقرّ له يتوقف على يمينه، أما الثالث فلا يمين عليه وإن كان ظاهر عباره (القواعد) وجوبها عليه حيث قال: « ولو كانت فى يد ثالث حكم لمن

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۱: ۱۷۷/۱. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ۶۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۹: ۲۹۳/۶. كتاب الوصايا، الباب ۱۶.

۳- ۳) المصدر ۱۹: ۲۹۳، ذيل ح۶.

۴- ۴) المصدر ۱۹: ۲۹۶/۱۴. كتاب الوصايا، الباب ۱۶.

۵- ۵) المصدر ۲۰: ۲۹۹/۱. أبواب عقد النكاح، الباب ۲۳.

۶- ۶) مستند الشيعه ۱۷: ۳۵۱ - ۳۵۳.

يصدّقه بعد اليمين منهما» (۱). نعم، يتوجّه عليه اليمين إن طالب عمرو بهـا، وهل يحلف على نفى العلم بكونها له أو على البت؟ قال جماعه بالأول، وفى (الجواهر) : الظاهر توجّه اليمين عليه على البت لأنه مدّعى عليه (۲).

قلت: ومنشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدّعى عليه فى هذه الصوره، وقد أشرنا إلى ذلك.

وكيف كان، فإن نكل زيد حكم بكونها لعمرو، إما بمجرّد النكول وإما مع اليمين المردوده على القولين، وإن نكلا ـ جميعاً فالحكم هو التنصيف.

ثم إن لعمرو أن يدّعى على الثالث دعوى جديده، بعنوان كونه السبب فى تلف ماله بتصديقه دعوى زيد دونه، ثم حكم الحاكم بكون العين لزيد على أثر تصديقه له، فيكون الثالث حينئذ مدّعى عليه وعليه اليمين، فإن نكل عنها لزمه الغرم، إما بمجرده وإما بعد اليمين المردوده، والوجه فى صحه هذه الدعوى على الثالث كونه السبب فى تلف المال من عمرو - وإن كان تملّك زيد له بحكم الحاكم - لأن السبب أقوى من المباشر.

وقد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد فى خبر عمر بن حنظله: « فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه، فما فعلت من شىء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شىء فذلك رضى لى وهو لازم لى، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلمّا رجع إليه أنكر له ذلك كلّه. قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذى ضيّع حقّها» الحديث (۳).

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۰۷.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۹: ۱۶۵/۱. كتاب الوكاله، الباب ۴.

وكيفما كان معنى الروايه، فإن محلّ الإستدلال قوله عليه السلام: (وذلك أنه هو الذى ضيّع حقها) فإن هذا التعليل يشمل ما نحن فيه، وحيث أن دعوى عمرو على الثالث هى بعنوان كونه المضيّع لحقّه، فإنه يلزم الثالث الغرم.

وهل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه؟ الظاهر هو الأول، فيكون نظير ما إذا أقرّ بكون العين لزيد فدفعها إليه بحكم الحاكم، ثم أقر بكونها لعمرو، فإنه يلزم بدفع ثمن العين كلّه.

ولو أراد الثالث أن يحلف، فهل يحلف على البت أو على نفى العلم بكون العين ملكاً لعمرو المدعى؟

قيل بالأول.

وأُشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه بإقراره وحكم الحاكم، فلو أراد الحلف على البت كان فى مال الغير، بل عليه أن يحلف على نفى العلم بكونها له.

أقول: إنه بناءاً على ما ذكرنا فى كيفيه طرح دعوى عمرو على الثالث، يتعيّن اليمين على البت، لأن الإتلاف فعل نفسه.

على أن الإتلاف لا يدور مدار العلم، فمن أتلف مال غيره ضمن، سواء كان عالماً أو جاهلاً أو ناسياً، إذ الموضوع للضمان هو الإتلاف وهو هنا متحقق حسب دعوى المدّعى.

هذا، وفى (القواعد) : « ولو كانت فى يد ثالث، حكم لمن يصدّقه بعد اليمين منهما» (۱).

ومرجع الضمير فى « منهما» هو المصدق، أى الثالث والمصدق المقرّ له.

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۸.

وأشكل عليه فی (الجواهر) بأنه لا أثر ليمين الثالث فی حكم الحاكم بكون العين للمصدّق، قال: ويمكن تعلّق « منهما» بقوله: « يصدقه» ، فيكون المراد بعد اليمين من المقرّ له، وحينئذ، تكون كعباره المصنف. لكنه خلاف الظاهر (۱).

۲ – أن يصدّق من هی بيده كليهما

والصوره الثانيه: أن يصدّق كليهما، قال المحقق « وإن قال: هی لهما، قضی بها بينهما نصفين، وأُحلف كلّ منهما لصاحبه» (۲).

أقول: فی هذه الصّوره، تخرج العين من يد الثالث، وتكون كالصّوره التی هی فی يد المتنازعين، فيحكم بالتنصيف مع التحالف أو بدونه علی القولين.

وحينئذ، يجوز لكلّ منهما الرجوع علی الثالث فيدّعی عليه تضييع نصف المال عليه، فإن حلف – بتّاً علی نفی العلم علی القولين – فهو، وإلا وجب عليه دفع ثمن النصف لكلّ واحد منهما.

ويترتّب علی القول بالتحالف: أنه إن حلفا فالتنصيف وإن نكلا فكذلك، وإن حلف أحدهما دون الآخر كانت العين كلّها للحالف، وكان للناكل منهما الرجوع علی الثالث، فإن حلف فهو وإلا وجب عليه الغرم وهو النصف، لأن المفروض أنه قد ضيّع عليه النصف بإقراره بكون العين لهما معاً.

۳ – أن يكذّب من هی بيده كليهما

والصوره الثالثه: أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قدّس سرّه « ولو دفعهما أُقرّت فی يده» (۳).

أقول: إن كذب الثالث كليهما كانا مدعيين وهو المدّعی عليه، وحيث لا بينه

ص:۶۱۶

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۰۷.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.

لهمـا، يجب على الثـالث اليمين على نفى كون العين لهمـا، وهل يشترط تعيين المالك أو يكفى إنكار كونها لهما؟ قالوا بالثانى، فإذا حلف أُقرت العين فى يده وارتفع النزاع.

وعن المحقق الأردبيلى (١): إنه يحلف على نفى العلم بكونها لهما لا على البت.

ولعلّ الوجه فيمـا ذكره هو: أن اليمين على نفى كونهـا لهما، يمين فى ملك غير الحالف، ولا فائـده لليمين فى ملك الغير، سواء كـان نفيـاً أو إثباتـاً، ووجه مـا ذكره القوم من كون اليمين على البت هو: إنه يكفى لتوجّه اليمين إليه كون مورد اليمين فى يـده، فيقولان له: إن الذى فى يدك لنا، فيحلف على نفى كونه لهما.

وكيف كان، فإذا حلف سـقطت دعواهما، وإن نكل، فإن كان نكوله بالنسبه إلى كليهما معاً، كانت العين كالعين التى هى فى يد المتنـازعين، فيتحالفـان على القول المشـهور ويحكم بالتنصـيف، وعلى قول المحقق قـدّس سـرّه يحكم به من دون تحالف، وإن نكـل عن اليمين لأحـدهما دفعت العين للـذى حلف له بنـاء على كفـايه النكول، وبعـد الردّ واليمين على القول الآـخر، ولاـ يغرم الثالث النصف الآخر، لبطلان قوله « ليست لكما» بنكوله، ثم للآخر أن يـدّعى على ذى اليـد، فتكون صـغرى لقاعـده « البينه على المدعى واليمين على المدّعى عليه» فإن نكل المدّعى عليه عن اليمين فالقولان.

۴ – أن يقرّ من هى بيده لأحدهما غير المعيّن.

والصـوره الرابعه: أن يقرّ بكـون العين لأحـدهما لاـ على التعيين. وفى هـذه الصـوره تكون العين كـالعين الـتى هى تحت يـدهما، فيحكم بالتنصيف على ما تقدم فى تلك الصوره.

١- ١) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١٩٠.

لكن عن (القواعـد) : « قرع بينهما، لتساويهما فى الدعوى وعدم البينه» (۱)وعن (التحرير) : « فمن خرجت باسـمه حلف وكانت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسّمت بينهما» (۲).

وعن (التذكره) التحالف، فإن حلفا أو نكلا كانت بينهما، وإلا فللحالف (۳).

وفى (المسـتند) : « قيل: يحتمل القرعه، فيحلف من خرجت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسّـمت بينهما. ويحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداءاً بعد حلفهما أو نكولهما كما لو كانت بيدهما (۴).

أقول: بل الأوجه الثانى، لروايه السكونى: قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أقرّ عند موته لفلان وفلان لأحدهما عندى ألف درهم، ثم مات على ذلك، فقال: أيّهما أقام البيّنه فله المال، فإن لم يقم واحد منهما البيّنه فالمال بينهما نصفان (۵).

لكن الظاهر من الروايه التنصيف بدون الإحلاف، بل هو مقتضى إطلاقها، فالقول به - كما فيما إذا كان فى أيديهما معاً - أوجه.

وحكم الفاضل فى (القواعد) بالقرعه بينهما من غير ذكر حلف. كان حسناً لولا الروايه المذكوره» .

أقول: قد عرفت وجه القول بالتنصيف.

ص:۶۱۸

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۹.
۲- ۲) تحرير الأحكام ۵: ۱۸۶.
۳- ۳) تذكره الفقهاء ۲: ۲۸۱ (حجرى) . وعنه كشف اللثام ۱۰: ۱۸۹.
۴- ۴) مستند الشيعه ۱۷: ۳۵۴.
۵- ۵) وسائل الشيعه ۱۹: ۳۲۳/۱. أبواب الوصايا، الباب ۲۵.

وأما القول بالقرعه، فوجهه ما ذكره العلامه فی (القواعد) (۱)، إذ مع تساويهما فی الأمرين يكون صاحب المال أو ذو اليد مجهولاً، لتردده بين الشخصين، والأمر المجهول يعرف بالقرعه.

فقيل: يحلفان مع ذلک، لأنه بالقرعه يعيّن ذو اليد فيكون المدّعى عليه، ويكون الآخر المدّعی، فإن لم يحلف المدّعی عليه وردّت اليمين على المدّعی لزمته.

وقيل: بعدم لزوم اليمين مع القرعه، لأنها قد عيّنت صاحب المال، فلا حاجه إلى اليمين حينئذ.

لكن الصحيح عدم الحاجه إلى القرعه مطلقاً، بعد وضوح الحكم بظهور الأدله فی التنصيف.

۵ – أن يقول من هی بيده ليست لی ولا أدری لمن

والصوره الخامسه: أن يقول الثالث: ليست العين لی ولكن لا أدری لمن هی، أو يقول: لا أدری أنها لی أو لهما أو لغيرهما.

والحكم فی هذه الصوره هو الحكم فی العين التی لا يد لأحد عليها - وإن كان بين القولين المذكورين فرق من جهه سنذكره - وقد ادّعاها اثنان، وقد ذكر فی (العروه) فيها وجوهاً:

الأول: إجراء حكم المدّعی والمنكر، لكون كلّ منهما مدّعياً ومنكراً، فمع حلفها أو نكولهما تقسم بينهما، ومع حلف أحدهما ونكول الآخر تكون للحالف لقوله عليه السلام: البينه للمدعی. . . إلخ، ولروايه إسحاق بن عمّار: « فلو لم يكن فی يد واحد منهما وأقاما البينه؟ قال: أحلفهما فأيّهما حلف ونكل الآخر جعلتها

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۶۹.

للحالف» (۱).

قال السـيد رحمه اللّه: « وفيه: منع صـدق المـدّعی والمنكر، بل كلّ منهما مـدّع، فيكون من التداعی. وأما الروايه فمختصه بصوره البيّنه فلا تشمل المقام» (۲).

والثانی: التحالف، للتداعی، فإذا حلفا قضی بالتنصيف بينهما.

والثالث: القرعه، من جهه أنه أمر مجهول، والقرعه لكلّ أمر مجهول.

والمختار هو الوجه الثانی تبعاً للسيد فی (العروه) .

وقد نسب الأول - تبعاً للمستند - إلی المحقق الأردبيلی (۳)، لكنّ كلامه يفيد اختياره للوجه الثانی لا الأول، ويشهد بذلك عدم ظهور روايه إسحاق فيما نسب إليه.

أما الثالث، فقد اختاره المحقق النراقی، فقال ردّاً علی القول الأول:

« الحلف أمر شرعی يتوقّف علی التوقيف، ولا أری دليلًا علی حلفهما هنا والحكم بنكولهما أو نكول الناكل، والروايه مخصوصه بصوره إقامتهما البينه، والتعدّی يحتاج إلی الدليل، والقرعه لكلّ أمر مجهول، فالرجوع إليها أظهر، كما حكم به علی عليه السـلام فی روايتی أبی بصير وابن عمار.

الاـولی: بعث رسول اللّه غ إلی اليمن فقال له حين قـدم: حـدثنی بأعجب ما ورد عليك، قال: يا رسول اللّه، أتانی قوم قـد تبايعوا جاريه فوطئوها جميعاً فی طهر واحد، فولدت غلاماً فاختلفوا فيه، كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم وجعلته للذی

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۰/۲. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعاوی، الباب ۱۲.

۲- ۲) العروه الوثقی ۳: ۱۲۶.

۳- ۳) مستند الشيعه ۱۷: ۳۵۵، مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۲۲۷.

خرج سهمه وضمنته نصيبهم (۱). الحديث.

والاخرى: إذا وطى رجلان أو ثلاثه جاريه فى طهر واحـد فولـدت فادّعوه جميعاً، أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولـد له، يردّ قيمه الولد على صاحب الجاريه» (۲)الحديث.

وعمل بها الأصحاب طرّاً فى مورده من غير إحلاف (۳).

وأجـاب السـيد فى (العروه) عن الاسـتدلال المـذكور بـأنه: « لا واقع مجهول فى المقام حتى يعيّن بالقرعه، لعـدم كون العين فى يدهما واحتمال كونها لثالث غيرهما. والروايتان مخصوصتان بموردهما» (۴).

قلت: كأن المحقق النراقى يريد إلغاء خصوصيّه « الولد» المتنازع فيه الذى لا يمكن القضاء بتنصـيفه، ولا طريق إلى معرفه من هو له، لا باليمين ولا بالبينه، حتى يتمكّن من التعدى منه إلى المال، لكن الإنصاف أن إلغاء هذه الخصوصّيه فى الروايتين أصعب من إلغاء الخصوصّيه فى روايه إسحاق.

وبمـا ذكرنـا يظهر عـدم قـابليه الروايـتين للمعـارضه مع عمومـات « الـبيّنه على المـدّعى واليمين على من أنكر» ، وجعـل مـدلول العمومـات: إن كـلّ بينه على المـدّعى وكـلّ يمين على المنكر، لاـ أن كـلّ مـدّع ومنكر عليه الـبينه واليمين يخـالف ظـاهر تلك الأخبار، ولو تمّ ذلك لسقطت عن الإستدلال حتى فى موارد وجود المدّعى

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۸/۵. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۱/۱۴. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۳.

۳- ۳) مستند الشيعه ۱۷: ۳۵۵ - ۳۵۶.

۴- ۴) العروه الوثقى ۳: ۱۲۷.

والمدّعی علیه، ومن هنا لم یوافق علیه النراقی نفسه.

فالحاصل: إن الذی یدعی کون الشیء ملکاً له فی مقابل دعوی غیره لذلک أیضاً، یصدق علیه « المنکر» عرفاً، فتشمله العمومات، کالروایه الوارده فی قضیه فدک، وروایه ابن أبی یعفور (۱)وغیرهما.

إذن، یوجد عندنا دلیل علی الحلف فی المورد، وأن دعوی التعارض الذی ذکرها رحمه اللّه فی غیر محلّها.

فتلخّص: إن الصحیح هو الوجه الثانی.

ثم، هل الرجوع إلی القرعه یختص بمورد الأموال فقط أو یمکن تعیین الحجه الشرعیه بها کذلک؟ لا ریب فی ترجیح احدی الروایتین علی الاخری بالقرعه، وفی بعض الأخبار یتعیّن ذو الید فی بعض الموارد عند التردّد بین شخصین، فللقائل بالقرعه فی مسألتنا أن یقول بحلف ذی الید للمدّعی، فلا یرد إشکال (الجواهر) .

وأما الفرق بین قول الثالث: « لیست لی ولا أدری أنها لمن» وقوله: « لا أدری أنها لی أولهما أو لغیرهما» فهو: أنه فی الأول ینفی کون العین له فیخرج

۱- ۱) عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث فدک: إن أمیر المؤمنین علیه السلام قال لأبی بکر: أتحکم فینا بخلاف حکم اللّه فی المسلمین؟ قال: لا. قال: فإن کان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادعیت أنا فیه من تسأل البینه؟ قال: إیاک کنت أسأل البیّنه علی ما تدّعیه علی المسلمین. قال: فإذا کان فی یدی شیء فادّعی فیه المسلمون تسألنی البیّنه علی ما فی یدی، وقد ملکته فی حیاه رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم وبعده ولم تسأل المؤمنین البینه علی ما ادّعوا علی کما سألتنی البیّنه علی ما ادّعیت علیهم - إلی أن قال - وقد قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « البیّنه علی من ادّعی والیمین علی من أنکر» . وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲۵. وعن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقّه فاستحلفه أن لا حق له قبله، ذهبت الیمین بحق المدعی فلا دعوی له. قلت له: وإن کانت علیه بینه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسین قسامه ما کان له، وکانت الیمین قد أبطلت کل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه علیه. وسائل الشیعه ۱۸ /۱۷۸.

بـإقراره عن أطراف الشـبهه، بخلاـف الثـانى، ولـذا احتمـل فى الثـانى القضاء بكون العين له، لكون يـده عليها وأن جهله لا ينفى ملكيّتـه للعيـن، وحينئـذ، يمكـن إحلافه على نفى العلـم، فـإن حلـف أُبقيـت العين فى يـده، وإن نكـل أُخـذت منه وسلّمت إلى المدعيين ويقضى بينهما بأحد الوجوه المذكوره.

ص:٦٢٣

المسأله الثانیه: فی تعارض البیّنات

اشاره

قـال المحقق قـدّس سـرّه: « یتحقق التعارض فی الشـهاده مع تحقق التضاد، مثل أن یشـهد شاهـدان بحق لزیـد ویشـهد آخران أن ذلک الحق بعینه لعمرو، أو یشـهدا أنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غـدوه، ویشـهد آخران ببیعه بعینه لخالد فی ذلک الوقت، ومهما أمکن التوفیق بین الشهادتین وفق» (۱).

أقول: کان موضوع البحث فی المسأله الاولی تنازع الشخصین فی ملکیّه عین خارجیه، ولا بینه لأحدهما علی دعواه، وقد تقدّمت صورها وأحکامها.

وموضوع هـذه المسـأله حصول التنـازع بین الشخصـین فی ملکیّه العین مع فرض وجود البینه، فإن کان لأحـدهما بیّنه دون الآخر وکانت بینه جامعه للشـرائط، قضی له بها، ولا تصل النوبه إلی إحلاف الآخر کما هو واضح، وإن کان لکلّ منهما بینه فهنا صور. . .

متی یحصل التعارض؟

وقـد ذکر المحقـق قبـل بیـان الصـور وأحکامهـا - کیفیه تحقق التعـارض فی الشـهاده والمراد منه، بـأن ذلـک یتحقق « مع تحقق التضاد» بین البینتین، بأن لا یمکن

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.

التوفيق بينهما بنحو من الأنحاء، « مثل أن يشهد شاهدان بحقّ لزيد ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا إنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوه، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت» بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، كما إذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس ويشهد آخران بملك الآخر له اليوم، فإنه حينئذ يعمل بالبينه الثانيه لإمكان صدقهما معاً.

وقد يتحقق التكاذب بين البيّنتين، وهو تاره: يكون بتكذيب احدى البينتين للأخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقاً، كأن تشهد هذه بأن زيداً أوصى قبل وفاته بكذا وأنهما كانا حاضرين عنده حينذاك، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد فى الزمان المذكور، فهما يكذّبانها من غير تعرّض منهما لواقع القضيه وأنه هل أوصى زيد بكذا أولا؟

وأخرى: يكون التكذيب بالنسبه إلى الواقع فيقولان: لم يوص زيد بكذا، وأن ما شهدت به البينه الاولى مخالف للواقع، إلا أنهما قد لا يكذّبان تلك البينه، لاحتمال اشتباه الشاهدين وعدم تعمّدهما للكذب.

هذا، وقد وقع البحث بين الأصحاب فى الفرق بين التعارض والتكاذب موضوعاً وحكماً، فعن العلامه فى محكى (القواعد) التصريح بكون التكاذب غير التعارض، والجزم بكون الحكم فيه هو التساقط مطلقاً (١)، بخلاف التعارض، وعن الشيخ إجراء حكم التعارض عليه إن كان من قبيل الصوره الثانيه (٢)، والأول أولى.

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۸.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الاماميه ۸: ۲۶۲.

صور تعارض البيّنات:

اشاره

وحيث يتحقق التعارض بين البينتين، على وجه يقتضى صدق كلٍّ منهما تكذيب الاُخرى، ففى المسأله صور:

أحدها: أن تكون العين فى يد المتنازعين كليهما، وقد ذكر المحقق قدّس سرّه حكم هذه الصوره ودليله بقوله:

الصوره الاولى: كون العين بيد المتداعيين:

« يقضى بينهما نصفين، لأن يد كلّ واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينه فيقضى له بما فى يد غريمه» (۱).

فالحكم فى هـذه الصوره هو جعل العين بينهما نصـفين - نظير صوره النزاع حول العين مع عـدم البينه واليـد لأحدهما عليها - بلا إشكال كما فى (المسالك) وفى (الجواهر) بلا خلاف أجده بين من تأخّر عن القديمين الحسن وأبى على (۲).

اذن، لا اختلاف فى الحكم بالتنصيف، ولكن اختلف فى وجه هذا الحكم وسببه.

فقيـل: لتساقط البينتين بسـبب التسـاوى، فيبقى الحكم كمـا لو لم تكن بينه، وقيـل: لأن مع كلّ منهم مرجحاً باليـد على نصـفهما، فقدمت بينته على ما فى يده، وقيل - كما فى المتن -: لأن يد كلّ واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينه عليه، فيقضى له بما فى يد غريمه، قال فى (المسالك) : بناءاً على تقديم بينه الخارج على

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۰.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۸۱.

الداخل، قال: وهذا هو الأشهر (۱).

فـالوجوه المـذكوره فی سـبب الحکـم فی المسـأله ثلاـثه، وتظهر فائـده هـذا الخلاـف فی الیمین علی من قضـی له، فعلی القـول بالتساقط، یلزم لکلّ من المتنازعین یمین، وهذا هو مذهب المشـهور فی المسأله السابقه، خلافاً للمحقق، فإن حلفا فالتنصـیف وإلّا قضـی بهـا للحـالف دون الناکـل، وإن نکلاـ جمیعـاً فـالحکم هو التنصـیف أیضاً، وعلی القولین الأخیرین - تقـدیم بینه الـداخل، وتقـدیم بینه الخارج - لا یمین، لترجیـح کلّ من البینتین بالیـد علی القول الأول منهما فیعمل بالراجـح، ولأن البینه ناهضه بإثبات الحق علی القول الثانی منهما فلا یمین معها.

قال فی (الجواهر) : لکن فی التحریر - بعد أن ذکر تعلیل المصنف بما سمعت مصرحاً بکونه من تقدیم بینه الخارج - قال: وقال یحلف کلّ واحد علی النصف المحکوم له به أو یکون له من غیر یمین؟ الأقوی عندی الأول مع احتمال الثانی (۲).

وفی التنقیـح - بعـد أن ذکر التنصـیف وجعـل منشـأه دائراً بین الأخیرین، وأنه علی أوّلهما یقضـی لکلّ منهما بما فی یـده، وعلی ثانیهما یقضـی له بما فی ید غریمه - قال: یکون لکلّ منهما الیمین علی صاحبه، فإن حلفا أو نکلا فالحکم کما تقدم، وإن حلف أحدهما ونکل الآخر، قضی بها للحالف.

وعن مهذب أبی العباس التصریح بالیمین بناءاً علی کون المنشأ دخولهما (۳).

أقول: هذه عباره (التنقیح) فی هذه المسأله: « هذا هو القسم الثانی، وهو أن یکون فی یدهما، فإن قلنا یقضـی للداخل قضی لکلّ بما فی یده، وإن قلنا یقضی

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۸۱. جواهر الکلام ۴۰: ۴۱۰.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۱۱. تحریر الاحکام ۵: ۱۸۵/۶۵۴۰.

۳- ۳) المهذب البارع ۴: ۴۹۶.

للخارج قضى لكلّ بما فى يد الآخر، فيكون بينهما نصفين على التقديرين، سواء أقاما بينه أو لم يقيما، ويكون لكلّ منهما اليمين على صاحبه، فإن حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدّم، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للحالف» (۱).

ذكرنا نص عبارته، ومن المحتمل أن يكون قوله « ويكون لكلّ منهما اليمين على صاحبه» مرتبطاً بقوله « أو لم يقيما» وقد يقويّه قوله قبل ذلك « قضى» فى كلتا حالتى تقديم بينه الداخل وتقديم بيّنه الخارج. فيكون الحاصل أنه قد ذكر ثلاثه وجوه، فالأول: القضاء له بما فى يده، بناءاً على تقديم بينه الداخل، والثانى: القضاء له بما فى يد غريمه، بناءاً على تقديم بينه الخارج، والثالث: التحالف فيما إذا لم يقيما بينه.

ثم إن صاحب (الجواهر) وجّه كلام أبى العباس ابن فهد الحلّى - الذى نقله عن (المهذب البارع) بقوله: « ولعلّ ذلك منه خلافاً فى أصل المسأله، وهو أن تقديم بيّنه الداخل بمعنى إسقاط بيّنه الخارج لا أنها حجه، فيرجع الحاصل كما لو لم تكن بينه على المنكر منهما اليمين، وهو الذى قوّاه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك، بل هو قوّى فى نفسه، لاشتمال دليل تقديم بينه الداخل على اليمين كما ستعرف» .

ووجّه كلام العلامه فى التحرير والمقداد فى التنقيح بقوله: « كما أن القول باليمين - مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج - لعلّه لخبر إسحاق بن عمار عن أبى عبداللّه عليه السلام: إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابّه فى أيديهما، وأقام كلّ واحد منهما البينه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام،

۱- ۱) التنقيح الرائع فى شرح مختصر الشرائع ۴: ۲۸۱.

فحلف أحدهما وأبیٰ الآخر أن یحلف، فقضی بها للحالف، فقیل له: فلو لم تکن فی ید واحد منهما وأقاما البینه، فقال: أحلفهما فأیّهما حلف ونکل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جمیعاً جعلتها بینهما نصفین، قیل: فإن کانت فی ید أحدهما وأقاما جمیعاً البینه. قال: أقضی بها للحالف الذی هو فی یده (1).

بل ربما کان هو دلیل التحالف علی القول الأول، وإن لم نقل به فی غیره.

إلا أنه خبر واحد وفی سنده ما فیه، والمشهور نقلاً وتحصیلاً علی خلافه، فلا یصلح مقیداً لما دلّ ممّا تسمعه من النصوص وغیره علی التنصیف بدونه» (2). . .

أقول: قال المجلسی قدّس سرّه فی (مرآه العقول) فی روایه إسحاق المذکوره: « حسن أو موثق» (3)، علی أنک قد عرفت عمل المشهور بها فی المسأله السابقه، وذلک یجبر ضعفها إن کان.

وحینئذ، تصلح هذه الروایه لتقیید أدلّه البینه علی المدّعی والیمین علی من ادعی علیه، فلاـ مانع من القول بالتحالف فی هذه الصوره، جمعاً بین الأدلّه.

وبعباره أخری: إن ید کلّ واحد هی فی الواقع عند أهل العرف علی نصف العین، فکلّ منهما یقیم البیّنه لأنه یدعی النصف الآخر الذی بید غریمه، ویحلف علی إنکار کون هذا النصف الذی بیده لغریمه، ودلیل هذا التحالف هو روایه إسحاق المزبوره، وقد عرفت اعتبارها.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲/۲۵۰. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۱۱ - ۴۱۲.

۳- ۳) مرآه العقول ۲۴: ۲۸۷.

ولا يعارضها ما عن أبى جعفر عليه السلام قال: (بعث رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم عليّاً إلى اليمن، فقال له حين قدم: حدّثنى بأعجب ما ورد عليك، فقال يا رسول اللّه، أتانى قوم قد تبايعوا جاريه، فوطأها جميعهم فى طهر واحد فولدت غلاماً فاختلفوا فيه كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم، فجعلته للذى خرج سهمه وضمّنته نصيبهم. فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: ليس من قوم تنازعوا ثم فوّضوا أمرهم إلى اللّه إلا خرج سهم المحق» (۱).

لأنها فى غير ما نحن فيه، لأن ذا اليد فيها واحد منهم وهو آخرهم، ولأن الولد حرّ فليس مالاً، وكلامنا فى دعوى الأملاك.

ومثلها روايه تميم بن طرفه: « إن رجلين ادّعيا بعيراً، فأقام كلّ واحد منهما بينه، فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما» (۲). إذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جاءت فى نسخه « عرّفا بعيراً» وحينئذ، تكون ظاهره فى غير المقام.

فالحاصل: إنه لا ـ مانع من الحكم بمفاد روايه إسحاق بن عمار، وقد أفتى جماعه بذلك وإن لم يستند إليها بعضهم صريحاً، وصاحب (الجواهر) لم يناقش فى دلالتها وإنما ضعّفها سنداً، وقد عرفت جوابه.

وقيل: إنه لما كان يدّعى كلّ واحد منهما كلّ العين، فإن يده لا تكون على النصف بل على الكل، فتتعارضان، وإذا تعارضتا تساقطتا، فيكون الحكم فى المقام حكم صوره عدم تحقق يد من أحدهما على العين، وهو التنصيف كما تقدم.

لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۸/۵. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۱/۴. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۲.

ثم إن صاحب (الجواهر) قدّس سرّه - بعد أن خدش فی روایه إسحاق بما سمعت - استوجه أن یکون سبب حکم المحقق قدّس سرّه بالتنصیف کون هذا الحکم هو مقتضی العدل، وأنه میزان من موازین القضاء من غیر حاجه إلی تحالف، لا أنه مبنی علی تقدیم بینه الخارج علی بینه الداخل، لأن ید کلّ منهما علی الکلّ لا النصف، ولأن المشهود به کون الجمیع له لا نصفه.

ثم استدل علی ذلک بخبر الدرهمین (۱)وبقاعده توارد السببین الممکن إعمالهما معاً علی مسبب واحد نحو المتسابقین علی حیازه مباح، وبإطلاق قوله علیه السلام: « لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین (۲)وبإطلاق النبوی: « إن رجلین تنازعا دابه لیس لأحدهما بیّنه فجعلها النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم بینهما» (۳)، وبالمرسل عن أمیر المؤمنین علیه السلام: « فی البینتین تختلفان فی الشیء الواحد یدّعیه الرجلان، أنه یقرع بینهما فیه إذا عدلت بینه کلّ واحد منهما ولیس فی أیدیهما، فأما إن کان فی أیدیهما فهو فیما بینهما نصفان، وإن کان فی ید أحدهما فالبیّنه فیه علی المدّعی والیمین علی المدّعی علیه» (۴).

هذا، وعن ابن أبی عقیل اعتبار القرعه التی هی لکلّ أمر مشکل فی

ص:۶۳۱

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۲۰۰ الباب ۹ من أبواب أحکام الصلح « عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی رجلین کان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لی، وقال الآخر: هما بینی وبینک. فقال: أما الذی قال هما بینی وبینک، فقد أقرّ بأن أحد الدرهمین لیس له وأنه لصاحبه، ویقسم الآخر بینهما» .

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۹: ۱۵/۱. أبواب المضاربه، الباب ۱.

۳- ۳) سنن البیهقی ۱۰: ۲۵۵.

۴- ۴) أقول: إن هذه الأدله بعضها مرسل وبعضها مطلق یقیّده خبر إسحاق بن عمار، فیکون الوجه ما ذهب إلیه السید الاستاذ دام بقاه، إلا إذا قیل بعدم تمامیه سند الخبر المذکور من جهه عدم ثبوت عمل المشهور به أو من عدم جهه الموافقه علی جبر الشهره لضعف الخبر.

خصوص ما نحن فيه، لأن التنصيف تكذيب للبينتين.

وأشكل عليه فى (الجواهر) بقوله: كأنه اجتهاد فى مقابله النص (١).

وفيه: إنه ليس اجتهاداً فى مقابله النص، بل لعلّه يخدش فى ظواهر هذه النصوص.

قلت: لكن مقتضى النصوص توجّه اليمين على من خرج اسمه، لا ـ أنه يقضى لمن خرج اسمه، فإن حلف قضى له وإلا احلف الآخر وقضى له بحلفه.

وعن ابن الجنيد: التحالف مع تساوى البينتين، فإن حلف أحدهما استحق الجميع، وإن حلفا اقتسماها، ومع اختلاف البينتين يقرع، فمن أخرجته القرعه حلف وأخذ العين (٢).

قال فى (الجواهر) : لا دليل عليه، بل ظاهر الأدله السابقه خلافه.

ثم نقل فى (الجواهر) عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار - الذى هو التنصيف، تساوت البينتان عدداً وعداله وإطلاقاً وتقييداً أو اختلفت - إلى الأشهر بل عامه من تأخر إلا نادراً. قال: « خلافاً للمهذب، وبه قال جماعه من القدماء، فخصّوا ذلك بما إذا تساويا فى الامور المتقدّمه كلّها، وحكموا مع الإختلاف فيها لأرجحها، واختلفوا فى بيان المرجح لها، فعن المفيد اعتبار الأعدليّه خاصه هنا وإن اعتبر الأـكثريه فى غيرها، وعن الإسكافى اعتبار الأكثريه خاصه، وفى المهذب اعتبارهما مرتباً بينهما الأعدليه فالأكثريه، وعن ابن حمزه فى اعتباره التقييد أيضاً مردداً بين الثلاثه غير مرتب بينها، وعن الديلمى اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤١٢ - ٤١٣.

٢- ٢) مختلف الشيعه ٨: ٣٧٢. كشف اللثام ١٠: ١٩١ - ١٩٢.

أصلاً» قال فی (الجواهر) : ولم أعرف نقل هذه الأقوال علی الوجه المزبور فیما نحن فیه لغیره. . . وعلی کلّ حال لا أعرف دلیلاً یعتدّ به علی شیء منها علی وجه یصلح لمعارضه ما عرفت (۱).

هذا کلّه فی الصوره الأولی.

الصوره الثانیه: کون العین بید أحدهما فهل یقدّم الداخل أو الخارج؟

والصوره الثانیه: أن تکون العین فی یـد أحد المتنازعین، قال المحقق قدّس سرّه: « یقضـی بها للخارج دون المتشـبث إن شـهدتا لهما بالملک المطلق» (۲).

أقـول: نسـبه فی (الجواهر) إلی المشـهور بین الأصـحاب شـهره عظیمه قـال: بـل عن الخلاـف والغنیه والسـرائر وظـاهر المبسوط الإجماع علیه، بل عن الخلاف والأخیر نسبته إلی أخبار الفرقه (۳).

قلت: والصـریح منها فی الدلاله: المرسـله عن أمیر المؤمنین علیه السـلام: « فی البینتین تختلفان فی الشیء الواحد یدّعیه الرجلان، أنه یقرع بینهما فیه إذا عدلت بیّنه کلّ واحد منهما ولیس فی أیدیهما، فأما إن کان فی أیدیهما فهو فیما بینهما نصـفان، وإن کان فی ید أحدهما فالبیّنه فیه علی المدّعی والیمین علی المدّعی علیه» (۴).

وضعفها منجبر بما عرفت.

ص:۶۳۳

۱- ۱) المهذب البارع ۴: ۴۹۴. المقنعه: ۷۳۰. الوسیله: ۲۱۸. المراسم: ۲۳۴. ریاض المسائل ۱۵: ۲۱۳. جواهر الکلام ۴۰: ۴۱۴ - ۴۱۵.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۱.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۴۱۶.

۴- ۴) مستدرک الوسائل ۱۷: ۳۷۲/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۰.

وقد استدل له: بالتعليل الوارد فی خبر منصور قال: « قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: رجل فی یده شاه، فجاء رجل فادّعاها، فأقام البینه العدول أنها ولدت عنده ولم یهب ولم یبع، وجاء الذی فی یده بالبینه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم یبع ولم یهب. فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: حقها للمدعی ولا أقبل من الذی فی یده بینه، لأن اللّه عزّ وجل إنما أمر أن تطلب البینه من المدّعی، فإن کانت له بینه وإلا فیمین الذی هو فی یده. هکذا أمر اللّه عزّ وجل» (۱)، دلّ علی أن البیّنه المسموعه هی بیّنه المدّعی، وأن علیها یترتب الأثر حتی فی صوره وجود البینه للمدّعی علیه.

أقول: وهذا الخبر یوضّح المراد بالخبر المستفیض، وهو قولهم علیهم السلام « البینه علی المدّعی والیمین علی من ادّعی علیه» فیکون ظاهراً فی عدم قبول بینه المنکر، وأن المیزان فی مقام المرافعه سماع بیّنه المدّعی، فإن کانت له بینه وإلا فیمین المدّعی علیه، فهکذا أمر اللّه عزّ وجل.

واختار السید فی (العروه) القول بسماع البینه من المنکر فی صوره التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، قال: إن الاقوی سماع البینه من المنکر فی صوره التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، فیجوز للمنکر مع عدم البینه للمدّعی أن یقیم البینه فراراً من الیمین، وإن ادعی صاحب الریاض الإجماع علی عدم قبولها منه.

قال: ویدل علی ما ذکرنا بعد منع الإجماع - مضافاً إلی عموم ما دلّ علی حجّیه البیّنه، وإلی عموم مثل قوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم إنما أقضی بینکم

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۵ الباب ۱۲ من أبواب کیفیه الحکم. وفیه « محمد بن حفص» ولم أجد توثیقاًله. انظر: تنقیح المقال ۳ / ۱۰۸.

بالبيّنات والأيمان – خصوص أخبار المقام. . .» .

قلت: إن تمسّكه بهذه العمومات لسماع البيّنه من المنكر، فی غایه الإشکال، وکذلک جوابه عن الإستدلال بالخبر المشهور « البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر» للقول الأول: بأن المراد منه بیان الوظیفه الأوّلیه للمدّعی والمنکر، وإلا فلا مانع من سماع البینه للمنکر أیضاً، قال: « وأیضاً: یمکن أن یقال: القدر المعلوم من الخبر أنه لا یلزم المنکر بالبینه وإنما یلزم بالیمین، لا أنه لا تقبل منه البینه» (1).

فإنه – وإن سبقه إلی ذلک صاحب (الجواهر) حیث تنظر فی دلالته علی القول الأول، مع قطع النظر عن خبر منصور، قائلًا: « ضروره عدم دلالته علی أزید من استحقاق المدعی علی المنکر الیمین دون البینه بخلاف المنکر فإن له علی المدّعی البینه. . .» (2)– خلاف ظاهر الخبر، لا سیما مع النظر إلی خبر منصور، ولأن التفصیل قاطع للشرکه، فلا تکون البینه حجه من کلیهما ولا الیمین، ولکن الأولی هو النظر فی نصوص هذه الأخبار، فلا بأس بنقل بعضها:

١ – عن سلیمان بن خالد عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « فی کتاب علی علیه السلام: أن نبیاً من الأنبیاء شکاً إلی ربّه فقال: یا رب کیف أقضی فیما لم أر ولم أشهد؟

قال: فأوحی اللّه إلیه: أُحکم بینهم بکتابی وأضفهم إلی اسمی فحلّفهم [تحلفهم] به وقال: هذا لمن لم تقم له بینه» (3).

٢ – عن أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « فی

١- ١) العروه الوثقی ٣: ١٥٢ – ١٥٤.

٢- ٢) جواهر الکلام ٤٠: ٤١٥.

٣- ٣) وسائل الشیعه ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب کیفیه الحکم، الباب ١.

كتاب على عليه السلام أن نبياً من الأنبياء. . .» (۱).

۳ - عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: « أن نبياً من الأنبياء شكا إلى ربّه. . .» (۲).

۴ - عن ضمره بن أبى ضمره عن أبيه عن جده قال قال أمير المؤمنين عليه السلام أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، أو يمين قاطعه، أو سنّه ماضيه من أئمه الهدى (۳).

۵ - عن هشام بن الحكم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجته من بعض. . .» (۴).

۶ - عن جميل وهشام عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: البينه على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه» (۵).

۷ - عن بريد بن معاويه عن أبى عبد اللّه عليه السلام: قال « سألته عن القسامه. فقال: الحقوق كلّها البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه إلا فى الدم خاصه. الحديث» (۶).

۸ - عن أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « إن اللّه حكم فى

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۲۹/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۲۹/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۱/۶. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۴/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

۶- ۶) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۴/۲. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۳.

دمائكم بغير ما حكم به فی أموالكم، حكم فی أموالكم أن البينه علی المدّعی واليمين علی المدّعی عليه، وحكم فی دمائكم أن البينه علی من ادّعی عليه واليمين علی من ادّعی، لئلا يطلّ دم امرئ مسلم» (۱).

أقول: والإنصاف ظهور الأخبار الأربعه الثانيه فی أن ميزان القضاء فی مقام المرافعه كون البينه علی المدّعی، وكون اليمين علی من أنكر، وأنه لم تجعل البينه علی المدّعی عليه فی الشرع فی مورد إلا لحكمه مخصوصه بذلك المورد (۲).

واستدلّ صاحب (الجواهر) لسماع بيّنه المدّعی عليه بعموم ما دلَّ علی حجّيه شهاده العدلين كتاباً وسنّه.

قلت: وأيضاً: يمكن الإستدلال له بالسيره، فإنها قائمه علی قبول خبر العدل الواحد فضلاً عن العدلين، لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد فی الموضوعات.

لكن المرسله المنجبره وخبر منصور يخصّصان العام، ويصلحان للرّدع عن السيره فی هذا المقام. . .

ص:۶۳۷

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۵/۶. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۳.

۲- ۲) أقول: وخير دليل علی القول الأول خبر عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه قال: « قلت للشيخ عليه السلام: خبّرنی عن الرجل يدّعی قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بما له، قال: فيمين المدّعی عليه، فإن حلف فلا حقّ له، وإن ردّ اليمين علی المدّعی فلم يحلف فلا حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأُقيمت عليه البينه فعلی المدّعی اليمين باللّه الذی لا إلَه إلا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حق له، لأنا لا ندری لعلّه قد أوفاه ببينه لا نعلم موضعها أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينه، فإن ادّعی بلا بينه فلا حق له، لأن المدّعی عليه ليس بحی، ولو كان حياً للزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۶/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۴. وهو خبر قد اعتمد عليه صاحب الجواهر نفسه فی المباحث السابقه. .

واستدل السيد فی (العروه) بأخبار خاصه وبخبر فدك حيث قال: « وإشعار خبر فدك، فإن أمير المؤمنين عليه السلام أنكر على أبی بكر فی طلبه البيّنه منه فی الدعوى عليه، مع أنه لا يطلب من غيره إذا ادّعى هو على ذلك الغير، فحاصل إنكاره عليه السلام أنه لم فرق بينه عليه السلام وبين الناس فی طلب البينه، ولو كان لا يقبل من المدّعى عليه البينه لكان أولى بالإنكار عليه فی مقام المجادله» (۱).

قلت: أما بعض الأخبار الخاصه التی أشار إليها فيكفی فی وهنها إعراض المشهور عنها، وأما دعواه إشعار خبر فدك بما ذهب إليه، ففيها: إن التمسك به لعدم حجيه بينه المدّعى عليه أولى، لأن دلالته على ذلك أوضح مما قاله، فقد ورد فی ذلك الخبر:

« إن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبی بكر: أتحكم فينا بخلاف حكم اللّٰه فی المسلمين؟ قال: لا. قال: فإن كان فی يد المسلمين شیء يملكونه ادّعيت أنا فيه من تسأل البينه؟ قال: إياك كنت أسأل البينه على ما تدّعيه على المسلمين. قال: إذا كان فی يدی شیء فادّعى به المسلمون تسألنی البيّنه على ما فی يدی وقد ملكت فی حياه رسول اللّٰه وبعده، ولم تسأل المؤمنين البينه على ما ادّعوا عليّ كما سألتنی البينه على ما ادعيت عليهم ط وقد قال رسول اللّٰه صلّى اللّٰه عليه وآله وسلّم: البينه على من ادّعى واليمين على من أنكر» (۲).

وهو ظاهر بل صريح فی أنه لا يطلب البينه من ذی اليد ولا يحكم على طبقها إذا أقامها.

ص:۶۳۸

۱- ۱) العروه الوثقى ۳: ۱۵۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۵.

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم - بعد إقامه المدّعى بيّنته - المدّعى عليه هل عنده بينه على الإنكار أولا. . . وأيضاً، فقد تقدم فى المباحث السابقه الخبر (۱)الدالّ على أن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين إذا لم يعرفهما ويوقف الحكم فى القضيه حتى يرجع رسوله، فإذا رجع وظهر عداله الشاهدين حكم. ولم يتضمن هذا الخبر سؤاله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم من المدّعى عليه فى تلك الاثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينه عنده على جرح الشاهدين أو إنكار دعوى المدعى. . .

ومن هنا كان القضاء للمدعى - بعد إقامه البينه الجامعه للشرائط - أمراً مسلّماً بين المسلمين.

وكيف كان، فقد قال المحقق فى هذا القسم: «وفيه قول آخر ذكره فى الخلاف بعيد» .

وهذا القول هو: تقديم بينه الداخل على بيّنه الخارج، قال: المحقق: وهو بعيد، وفى (الجواهر) : بل لم نتحقق قولاً له (۲).

وفى المسأله أقوال أخرى: فقد فصّل بعضهم فقال بعدم حجيه بينه المنكر مع القول بصلاحيتها للمعارضه مع بيّنه المدعى، وبعباره أخرى: المستفاد من أدلّه القضاء هو عدم القضاء ببيّنه المدّعى عليه، ولكن لا تدل على عدم صلاحيتها للمعارضه مع بينه المدعى وإسقاطها عن الحجيه، فإذا سقطتا يقضى بالعين للحالف.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۹/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۱۷.

أقول: وحاصل هذا القول: عدم القضاء ببيّنه المدّعى مع وجود بينه المدّعى عليه أو احتمال وجودها.

لكن يردّه: أنه إذا كان كـذلك، فلماذا كان ديدن المسـلمين على خلاف ذلك، وهو القضاء للمدعى بمجرد إقامه البينه، من غير سؤال من المـدّعى عليه عن وجود البينه عنـده وعدم وجودها، كما هو شأن الفقيه فى مقام الإفتاء حيث يفتى على طبق الخبر بعد الفحص واليأس عمّا يعارضه.

وأمـا القول بتقـديم البينه المشـتمله على ذكر السـبب منهمـا، فلا دليل عليه فى الأخبار، كالقول بالتقـديم بالأعـدليه، وأما تقـديم الأكثر عدداً منهما، فقد يدل بعض الأخبار عليه.

لكن المختار هو القول الأول، وهو الأخذ ببينه الخارج، تبعاً للمشهور، واللّه العالم.

هذا كلّه لو شهدتا بالملك المطلق.

صور الشهاده المشتمله على السبب

وأما لو اشتملت الشهاده على ذكر السبب، فهنا ثلاث صور:

فالاولى: شهادتهما معاً بالسبب، قال المحقق قدّس سرّه:

« ولو شـهدتا بالسـبب قيل: يقضـى لصاحب اليد، لقضاء على عليه السـلام وقيل: يقضـى للخارج، لأنه لا بيّنه على ذى اليد كما لا يمين على المدعى، عملاً بقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: واليمين على من أنكر، والتفصيل قاطع للشركه وهو أولى» (۱).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

١ – شهادتهما معاً بالسبب:

أقول: ففى هذه الصوره قولان، نسب أوّلهما إلى الشيخ، والثانى إلى المشهور، وقد أشار المحقق قدّس سرّه إلى دليل كلّ منهما.

فدليل القول الأول:

ما رواه إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام « إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابّه فى أيديهما، وأقام كلّ واحد منهما البينه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام، فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف، فقيل: فلو لم يكن فى يد واحد منهما وأقاما البينه قال: أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين، قيل: فإن كانت فى يد أحدهما وأقاما جميعاً بينه، قال: أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» (١).

ومحل الإستدلال: « فإن كانت فى يد أحدهما وأقاما جميعاً بينه. . .» .

وهل معنى ذلك أن بينه ذى اليد مقدّمه على بيّنه الخارج، أو أنه حينئذ يكون فى الحقيقه من تكاذب البينتين فيتساقطان، ويقضى لصاحب اليد بعد حلفه لأنه مدعى عليه ولا يمين على المدعى؟ وجهان مبنيان على شمول أدلّه حجيه البينه لصوره التكاذب وعدمه.

والأظهر هو الوجه الثانى، من جهه إيجاب الإمام عليه السلام الحلف أيضاً، فإنه لو كانت بينه ذى اليد حجه متقدمه على بيّنه المدّعى فلا حاجه إلى الحلف، فلزوم الحلف كاشف عن عدم حجيه بينه المدعى عليه، أو حجيتها بمقدار

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

صلاحیتها للمعارضه مع بینه المدعی، فیتساقطان، فإذا تساقطتا کانت مثل صوره عدم البینه، وعلی ذی الید الیمین، فإذا حلف قضی له.

وهذا کلّه بناءاً علی اعتبار الخبر کما تقدّم.

ومثله ما رواه غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «إن أمیر المؤمنین علیه السلام اختصم إلیه رجلان فی دابّه کلاهما أقاما البینه أنه أنتجها، فقضی بها للذی هی فی یده، وقال: لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین» (1).

وهذا أیضاً ظاهر فی التساقط کسابقه.

ودلیل القول الثانی:

ما رواه منصور عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «قلت له: رجل فی یده شاه، فجاء رجل فادّعاها وأقام البینه العدول أنها ولدت عنده لم یبع ولم یهب، وجاء الذی فی یده بالبینه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم یبع ولم یهب، قال أبو عبد اللّه علیه السلام: حقها للمدعی ولا أقبل من الذی هی فی یده بیّنه، لأن اللّه عزّ وجل أمر أن تطلب البینه من المدّعی، فإن کانت له بینه وإلا فیمین الذی هو فی یده، هکذا أمر اللّه عزّوجل» (2).

وهذا الخبر یعارض خبر إسحاق، بناءاً علی الوجه الأول، وبقطع النظر عن السند فی کلیهما، وحینئذ یرجع إلی العام کما هو القاعده فی کلّ مورد تعارض فیه دلیلان خاصان، والعام هنا هو قوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم «البینه علی المدّعی والیمین علی من أنکر» فإنه یدل علی أنه لا تسمع بینه ذی الید، لاشتماله علی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۰/۳. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۵/۱۴. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

التفصيل القاطع للشركه، وهو يعم صوره ذكر السبب وعدمه مطلقاً.

فإذن، يحكم فی هذه الصوره بتقديم بيّنه الخارج، ومن هنا قال المحقق قدّس سرّه: « وهو أولی» وهو المختار.

۲ – أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملک المطلق:

الصوره الثانيه: أن تشـهد للخارج بالسـبب وللـداخل بالملک المطلق، وهـذه الصوره لم يذكرها المحقق قدّس سـرّه، اعتماداً علی ظهور حكمها بالأولويه القطعيه، بناءاً علی ما ذهب إليه فی الصوره الأولی، لأنه إذا دلّت الأدلّه علی تقديم بينه الخارج فی صوره شهاده كلتا البينتين بالسبب، فإنها تدل علی تقديمها فی صوره عدم شهاده بينه الداخل بالسبب بالأولويه القطعيّه، كما هو واضح.

قال فی (الجواهر) : « وعلی كلّ حال، فما عن المجلسـی من حمله النصوص المزبوره علی التقيه لشهرته بين العامه فتوی وروايه، يدفعه ما سـمعت من موافقه خبر بينه الخارج لأحمد بن حنبل أيضاً، بل ملاحظه كلام العامه يقضـی باضطراب أقوالهم فی ذلک علی وجه لا تقيه فی إظهار الحق فيما بينها، خصوصاً مع نسبته إلی علی عليه السلام.

علی أن المحكی عن الشيخ نسبته إلی مذهبنا، وأنه الذی تدلّ عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله علی التقيه» (۱).

۳ – أن تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملک المطلق:

والصوره الثالثه: أن تشـهد لذی اليد بالسـبب وللخارج بالملک المطلق، قال المحقق قدّس سرّه: « أما لو شهدت للمتشبث بالسبب وللخارج بالملک المطلق،

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۲۲.

فإنه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب مما لا يتكرر، كالنتاج ونساجه الثوب الكتان، أو يتكرر كالبيع والصياغه. وقيل: بل يقضى للخارج وإن شهدت بيّنته بالملك المطلق عملاً بالخبر، والأول أشبه» (١).

أقول: ذكر فى هذه الصوره قولين، أحدهما: تقديم بيّنه الداخل، وإليه ذهب الأكثر، وهو الأشبه عند المحقق، والثانى: تقديم بينه الخارج، وإليه ذهب جماعه.

وقد استدلّ للقول الأول: بخبر عبد اللّه بن سنان قال: « سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: إن رجلين اختصما فى دابّه إلى على عليه السلام، فزعم كلّ واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده، وأقام كلّ واحد منهما البينه سواء فى العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلّم السهمين كلّ واحد منهما بعلامه. . . فخرج اسم أحدهما فقضى له بها.

وكان أيضاً إذا اختصم إليه الخصمان فى جاريه، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البينه جميعاً قضى بها للذى أنتجت عنده» (٢).

قلت: لكن ليس فى الخبر - لا فى السؤال ولا فى الجواب - تعرض لليد، وأنه بيد من كانت الجاريه، إلا أن يقال بأنه عليه السلام قضى للذى أُنتجت عنده من جهه كونه ذا يد، وإلا لقضى لمن ادّعى اشترائها، فإن ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدّم، ولكنه مع ذلك لا يخلو من الإجمال، إلا أن المشهور أفتوا على طبقه، ولعلّهم فهموا منه ما لم يتّضح لنا.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢۵۵/١۵. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

وأما دليل القول الثانى، فقد أشار إليه المحقق بقوله « عملاً بالخبر» وهو « البيّنه على من ادّعى واليمين على من أنكر» أى: إنه لا اعتبار لبيّنه المدّعى عليه أصلاً.

واستدل للأوّل أيضاً بعمومات حجّيه الشهاده، فتكون كلتا البينتين حجه، لكن تقدم بينه الداخل إما من جهه اعتضادها باليد وإما من جهه تأيّدها بخبر ابن سنان المزبور.

لكن القول الثانى يقول بتخصيص عمومات « البينه على من ادّعى واليمين على من أنكر» لعمومات حجيه شهاده العدلين، أى: إنه فى مورد المرافعه لا تسمع بينه المنكر.

فإذا كان مقتضى « البينه على من ادّعى. . .» عدم سماع بيّنه المدّعى عليه كما تقدم، فإنه لا معنى لتقدّم بيّنه المنكر من جهه تأيّدها بما ذكر، فلوأردنا أن نقول بالقول الأول، فإما يكون من جهه التعبد بخبر ابن سنان، وقد عرفت ما فيه، وإما من جهه التساقط ثم القضاء لذى اليد، لكن يتوجه على المحقق حينئذ أنه إذا كان هذا هو المبنى، فلماذا قال فى غير هذه الصوره بتقدّم بيّنه الخارج؟ (١).

الصوره الثالثه: كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع إلى المرجحات

الصوره الثالثه: من صور تعارض البينتين: أن تكون العين فى يد ثالث، قال المحقق قدّس سرّه: « ولو كانت فى يد ثالث قضى بأرجح البينتين عداله، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهوداً، ومع التساوى عدداً وعداله يقرع بينهما، فمن خرج

١ـ ١) أقول: ولعلّه من هنا قال صاحب الجواهر: ولعلّ الأولى الإستدلال له بإطلاق قول أمير المؤمنين المتقدم يعنى: روايه إسحاق بن عمار التى جاء فيها: « فإن كان فى يد أحدهما وأقاما جميعاً بيّنه، قال، أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» وقد عرفت اعتبارها عند السيد الاستاذ بالإنجبار.

اسمه أُحلف وقضى له، ولو امتنع أَحلف الآخر وقضى له، وإن نكلا قضى به بينهما بالسويه» (۱).

أقول: نسب هـذا القول إلى الأشـهر بـل المشـهور، بـل ادعى الإجماع عليه، ولكن بالتتبع لكلماتهم يظهر عـدم إمكان الوثوق بما ذكر، فقد قال بعضهم: بالقرعه، وقيل بالترجيح بأحد الأمرين، وقيل بكليهما، فمنهم قال بالترتيب ومنهم من قال بدونه. . . فنقول:

أما أدلّه « البينه على من ادّعى واليمين على من أنكر» فلا يمكن الرجوع إليها فى هذه الصوره، لأن كليهما ذوبيّنه وليس لأحدهما يـد على العين، نعم، أثر البيّنتين نفى الثالث، لأن العين هى فى الواقع لأحـدهما لكنه مجهول، ولـذا قيل هنا بالقرعه لأنها لكلّ أمر مشـكل عملاًـ ببعض الأخبـار، لكن أخبار القرعه هنا تشـتمل على اليمين أيضا. . . وكيف كان، فالأولى ذكر نصوص المسأله مع التأمل فى مداليلها:

۱ – عن أبى بصـير قـال: « سألت أبا عبـد اللّه عليه السـلام عن الرجل. . . وذكر أن علياً عليه السـلام أتاه قوم يختصـمون فى بغله، فقـامت البينه لهؤلاـء أنهم انتجوهـا على مـذودهم ولـم يبيعوا ولم يهبوا، وقـامت البينه لهؤلاء بمثل ذلك، فقضـى عليه السـلام بها لأكثرهم بينه واستحلفهم. . .» (۲).

۲ – عن داود بن سـرحان « عن أبى عبد اللّه عليه السـلام: فى شاهدين شـهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشـهدا على غير الذى شهدا عليه « شهد الأولان» واختلفوا. قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالقضاء» (۳).

۱– ۱) شرائع الاسلام ۴: ۱۱۴.

۲– ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۴۹/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۲.

۳– ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۱/۶. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۲.

۳ – عن الحلبی قال: « سئل أبو عبدالله علیه السلام عن رجلین شهدا علی أمر، وجاء آخران فشهدا علی غیر ذلک فاختلفوا، قال: یقرع بینهم فأیّهم قرع فعلیه الیمین وهو أولی بالحق» (۱).

۴ – عن سماعه قال: « إن رجلین اختصما إلی علی علیه السلام فی دابّه، فزعم کلّ واحد منهما أنها نتجت علی مذوده، وأقام کلّ واحد منهما بیّنه سواء فی العدد، فأقرع بینهما سهمین فعلّم السهمین کلّ واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع وربّ الأرضین السبع وربّ العرش العظیم عالم الغیب والشهاده الرحمن الرحیم. أیّهما کان صاحب الدابه وهو أولی بها، فأسألک أن یقرع ویخرج سهمه. فخرج سهم أحدهما فقضی له بها» (۲).

۵ – عن غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « إن أمیر المؤمنین علیه السلام اختصم إلیه رجلان فی دابّه، وکلاهما أقاما البینه أنه انتجها، فقضی بها للذی فی یده وقال: لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین» (۳).

۶ – عن إسحاق بن عمّار عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « إن رجلین اختصما إلی أمیر المؤمنین علیه السلام فی دابّه فی أیدیهما، وأقام کلّ واحد منهما البینه أنها نتجت عنده، فأحلفهما علیه السلام فحلف أحدهما وأبی الآخر أن یحلف، فقضی بها للحالف. فقیل له: فلو لم تکن فی ید واحد منهما وأقاما البینه؟ فقال: أحلفهما، فأیّهما حلف ونکل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جمیعاً جعلتها بینهما نصفین. قیل: فإن کانت فی ید أحدهما وأقاما جمیعاً البینه؟ قال: أقضی بها للحالف الذی

۱– ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۴/۱۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۲– ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۵/۱۵. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۰/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

هی فی یده» (۱).

۷ - عن داود بن أبی یزید العطار عن بعض رجاله عن أبی عبد اللّه علیه السلام « فی رجل کانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخران فشهدا أنها امرأه فلان، فاعتدل الشهود وعدّلوا، فقال: یقرع بینهم، فمن خرج سهمه فهو المحق وهو أولی بها» (۲).

۸ - عن عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « کان علی علیه السلام إذا أتاه رجلان « یختصمان» بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بینهم علی أیّهما تصیر الیمین وکان یقول: اللهم ربّ السماوات السبع « وربّ الأرضین السبع» أیّهم کان له الحق فأدّه إلیه، ثم یجعل الحق للذی یصیر علیه الیمین إذا حلف» (۳).

۹ - عن عبد اللّه بن سنان قال: « سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: إن رجلین اختصما فی دابّه إلی علی علیه السلام، فزعم کلّ واحد منهما أنها نتجت عنده علی مذوده، وأقام کلّ واحد منهما البینه سواء فی العدد، فأقرع بینهما سهمین، فعلّم السهمین کلّ واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع وربّ الأرضین السبع وربّ العرش العظیم عالم الغیب والشهاده الرحمن الرحیم، أیّهما کان صاحب الدابه وهو أولی بها، فأسألک أن یقرع ویخرج اسمه. فخرج اسم أحدهم فقضی له بها» (۴).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۰/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۲/۸. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۵/۱۵. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۵/۱۵. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.

هذه هی نصوص المسأله، وهی مختلفه، ولقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فیها:

فبین من اقتصر علی اعتبار الأعدلیه خاصه، کالمفید، ومن اقتصر علی اعتبار الأکثریه کذلک، کالإسکافی والصدوقین، نعم، ذکرا قبل اعتبارها أن أحق المدعیین من عدّل شاهداه، فإن استوی الشهود فی العداله فأکثرهما شهوداً، وهو لیس نصّاً فی اعتبار الأعدلیّه.

وبین من اقتصر علی اعتبارهما خاصه ولم یذکر الترتیب بینهما ولا القرعه بعدهما، کالشیخ فی موضع من (الخلاف) قائلاً إنه الظاهر من مذهب الأصحاب، وبین من اقتصر علی ذکر المرجح مطلقاً، من دون بیان له ولا ذکر قرعه، کالدیلمی والشیخ فی موضع من (الخلاف) ، لکنه ذکر القرعه بعد العجز عن الترجیح مدعیاً علیه إجماع الإمامیّه.

وبین من فصّل بعین ما فی العباره، لکن مقدماً للأکثریه علی الأعدلیه، کالحلّی فی (السرائر) وعزاه إلی ظاهر الأصحاب مشعراً بدعوی الإجماع علیه.

وبین من اقتصر علی القرعه خاصه، کالعمانی.

النظر فی أخبار الترجیح وطریق الجمع بینها:

فنقول: إن هذه النصوص علی طوائف:

الاولی: ما یدل علی التنصیف، کخبر غیاث بن إبراهیم، والحکم بالتنصیف قد یکون من جهه تساقط البینتین، فتکون مثل صوره دعوی المدعیین بلا بینه، والدلیل علی التنصیف هو ما ذکر هناک.

لا یقال: التنصیف یوجب العلم بالخلاف.

لأنـا نقـول: فرق بيـن الوصـول إلى الواقـع والعثـور عليه، وبين الحكم الفاصـل للخصـومه، والحكم بالتنصـيف هـو طريـق لفصـل الخصومه.

وقـد يكون من جهه العلم بكلتـا البينتين بعنوان فصـل الخصومه، فإنه وإن شـهدت كلّ واحـده بكلّ المال، إلا أنه يؤخـذ بنصـف مدلول كلّ واحده منهما، ويجمع بينهما ويحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، نظير الجمع بين الروايات.

الطائفه الثانيه:

مـا يـدل على التنصـيف بعـد اليمين، كخبر إسـحاق بن عمار، وعلى هـذه تحمل الطائفه الاولى الساكته عن لزوم الحلف، فيكون وجه الجمع هو التنصيف بعد الحلف.

الطائفه الثالثه:

ما يدل على القرعه، فمن خرج اسمه كان الحق له، كخبر داود بن أبى يزيد العطار، فإنه يدل على أن طريق الحكم هو القرعه بلا تحليف فيما إذا كانت المرأه بيد ثالث بالأولويه، وكخبر سماعه، وخبر عبد اللّه بن سنان.

وهـذه الاخبـار وإن كـانت ظـاهره فى تمـاميه الحكم بـالقرعه وبلا يمين، إلا أنها قضـيه فى واقعه، ويمكن أن تحمل على الطائفه الدالّه على أن الإقتراع هو لتعيين من عليه الحلف وهى:

الطائفه الرابعه:

كخبر عبـد الرحمن بن أبى عبـد اللّه البصـرى، وخبر الحلبى، فيكون طريق الجمع بين هـاتين الطـائفتين هو القرعه لتعيين من عليه الحلف، وحينئذ، يكون الحكم باليمين عملاً بقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان» .

ص:۶۵۰

ویتحصل مما ذکرنا: إن قاعده فصل الخصومه هو الامور الثلاثه الآتیه: البینه والیمین، ثم التنصیف وذلک فی صوره فقدانهما للبینه أو وجدانهما لها ثم حلف کلیهما أو نکولهما معاً، ویکون التنصیف فیما إذا کان مورد النزاع قابلاً له، وإلا فلا سبیل إلا القرعه.

وأما القول بالترجیح لاحدی البینتین علی الاخری بالأکثریه عداله أو عدداً، مع الالتزام بالترتیب أو عدمه، فلم نجد له دلیلاً فی الأخبار، إلا خبر أبی بصیر الذی قضی فیه لأکثرهم بینه واستحلفهم، وکیف کان، فلا مناص من أن یحمل الترجیح علی توجه الیمین علی من کانت بینته راجحه علی بینه الآخر لهذه الجهه أو تلک، فالفاصل للخصومه هو الیمین، تحکیماً للقاعده الکلیه فی باب القضاء، لأنا علمنا من خبر أبی بصیر أن معنی مرجحیّه الأکثریه هو توجه الیمین علی صاحب تلک البینه، فکذلک الکلام فی صاحب البینه الأکثر عداله.

وقد یستأنس لذلک بتقدیم الإمام علیه السلام الأکثر عدداً، أی سواء کانت الاخری أعدل أولا.

ولو وقع التعارض فی مورد بین التنصیف والقرعه، تقدمت أدلّه القرعه، فمن خرج اسمه حلف وقضی له.

هذا هو طریق الجمع بین هذه الأخبار فی هذه الصوره.

قال المحقق قدّس سرّه:

« وقال فی المبسوط یقضی بالقرعه إن شهدتا بالملک المطلق، ویقسّم بینهما إن شهدتا بالملک المقید، وإن اختصت إحداهما بالتقیید قضی بها دون الاخری. والأول أنسب بالمنقول» (۱).

ص:۶۵۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۱.

وقد ضعّف فی (الجواهر) ما عن المبسوط قال: وإن قیل فی توجیهه: إنه جمع بین ما دلّ علی القرعه وخبری تمیم بن طرفه وغیاث المتقدمین سابقاً بالتفصیل المزبور.

لکن فیه: إن المفروض فی خبری سماعه وابن سنان من أخبار القرعه المقیدتین کما أن فیها المطلق أیضاً، وفی أخبار التنصیف المقیدتین کخبر غیاث والمطلقتین کخبر تمیم بن طرفه، فلیس فی ما ذکره جمع بین النصوص، بل فی خبر إسحاق ما هو خارج عن الجمیع وهو تحلیفهما معاً، فأیهما حلف ونکل الآخر کانت للحالف، فإن حلفا جمیعاً کانت بینهما نصفین، ولم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبی علی (۱).

حکم ما لو أقرّ الثالث لأحدهما:

قال العلامه قدّس سرّه فی (القواعد) : « ولو أقرّ الثالث بالعین لأحدهما، فالوجه أنه کالید» (۲).

قال کاشف اللثام: « تقدّم علی قیام البینتین أو تأخر، لقیام المعنی القائم فی الید فیه، وجزم به فی المقصد السابع. ویحتمل العدم بعد إقامه البینتین، لکشفهما عن أن ید المقرّ مستحقه للإزاله، فإقراره کإقرار الأجنبی» (۳).

وفی (الجواهر) : « بل قد یشکل - إن لم یکن إجماع - اندراج ذلک قبل إقامه البینتین فضلاً عما بعده فیما دل علی حکم ذی الید بالنسبه إلی الدخول والخروج،

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۲۹ - ۴۳۰.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۸.

۳- ۳) کشف اللثام عن قواعد الأحکام ۱۰: ۲۵۲.

ولعلّه لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث وعدمه فتأمل جيّداً» (۱).

قلت: إنما يتّجه احتمال العدم فيما إذا لم يكن الثالث وكيلاً ـ للمقرّ له، لأن البينه قامت على عدم كونه مالكاً للعين، ولم تنف وكالته ولم تسقط يده عن الإعتبار، فلو أقرّ بكونها له وادّعى وكالته عنه، كانت يده يد المقرّ له وترتب الأثر على إقراره.

الصوره الرابعه: كون العين لا فى يد أحد

الصوره الرابعه: أن لا تكون العين فى يد أحد، والظاهر أن حكم هذه الصوره حكم ما إذا كانت فى يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدّس سرّه: « ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين» (۲).

أقول: لا خلاف ولا إشكال فى ذلك، لأن المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد فى الشهاده، فتصدق البينه على الشاهد والمرأتين كما تصدق على الشاهدين.

قال: « ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين، وربما قال الشيخ نادراً: يتعارضان ويقرع بينهما» (۳).

أقول: علّل فى (الجواهر) ما ذهب إليه المشهور بعدم صدق اسم البينه على

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۳۲.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۱.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۱.

الشاهد واليمين (۱)، وفى (المسالک) بأن الشاهد لا يستقل بالحجيه، واليمين معه وإن أوجبت ثبوت المال إلا أنه حجه ضعيفه، ومن ثم اختلف فى ثبوته بها، وبأن الذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه والذى يقيم شاهدين يصدقه غيره، فهو أقوى جانباً وأبعد عن التهمه، وبهذا صرح الشيخ فى المبسوط فى فصل الدعاوى والبينات، وفى الخلاف أيضاً (۲).

وقد ذكر المحقق الآشتيانى وجوهاً لكنها استحسانيه.

قلت: وربما يشكل على تعليل (المسالک) بأنه مع الحجيه لا يبقى أثر للضعف والقوه، بل يتحقق التعارض.

والتحقيق أن يقال: إنه إن صدق اسم البينه على الشاهد واليمين، فلا كلام فى قدرته على المقاومه مع الشاهدين وتحقق التعارض، لكن المراد من « البينه» فى نصوص كتاب القضاء هو اصطلاح خاص، ومقتضى التقابل بين البينه واليمين فى قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان» مغايره البينه لليمين وإن كانت مع شاهد، فالحق عدم صدق اسم البينه وعدم تحقق التعارض بينهما.

فإن قيل: التعارض هو بين الحجّتين لا بين البينتين، حتى يقال ليس الشاهد واليمين بينه.

قلنا: مقتضى النظر فى النصوص الوارده فى علاج تعارض البينتين هو أن المراد البينه بما هى لا بما هى حجه، فلا وجه للتعدى عن موردها.

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۳۳.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۸۹.

وبما ذكرنا يظهر الجواب عمّا استدل به الشيخ قدّس سرّه فى فصل الرجوع عن الشهاده من (المبسوط) على ما نسب إليه المحقق من القول بالتعارض والقرعه، وإنما قال « وربما» لعدم صراحه كلام الشيخ، ولذا اختلف العلماء فى فهم عبارته:

فعن الشهيد حكايه ذلك عنه فى (الدروس) صريحاً، وعن فخر المحققين نسبه التردد إليه، وقد رجّح صاحب (المسالك) فهم الفخر بعد نقل عباره الشيخ (۱).

ص:۶۵۵

---

۱ – ۱) نص عباره الشيخ: « إذا شهد شاهدان أنه أوصى لزيد بثلث ماله، وشهد شاهد واحد أنه أوصى بثلث ماله لعمرو، وقال عمرو: احلف مع شاهدى ليكون الثلث بيننا، فهل يزاحم الشاهدين بشاهد ويمين أم لا؟ قال قوم: يحلف ويزاحم ويساويه، لأن الشاهد واليمين فى الأموال بمنزله الشاهدين. وقال آخرون: لا يساويه، لأن الشاهد واليمين أضعف من شاهدين، لأن الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتى يضم إليه غيره، والشاهدان قائمان بأنفسهما فلا يعارضهما به. فمن قال لا يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حلف عمرو مع شاهده، وكان الثلث بينهما نصفين، وعلى مذهبنا يقرع بينهما إذا عدم التاريخ، فإن خرج اسم صاحب الشاهدين أُعطى الثلث، وإن خرج اسم صاحب الشاهد الواحد حلف معه وأخذ الثلث» المبسوط ۸ / ۲۵۳ – ۲۵۴. فالمحقق نسب إليه القول بالتعارض والقرعه لكن مع كلمه « ربما» ، لأن كلامه ليس صريحاً، والشهيد نسب إليه القول بذلك صريحاً، وقد فهم هذا من قوله « وعلى مذهبنا يقرع. . .» والمحكى عن فخر المحققين (إيضاح الفوائد ۴: ۴۰۹) نسبه التردد إليه لاقتصاره على نقل قولى العامه فى ذلك، واستحسنه الشهيد الثانى فى المسالك (مسالك الأفهام ۱۴: ۹۰) قائلاً: « والذى يظهر أن هذا ليس حكماً بالتعارض، لأن القولين اللذين حكاهما عن المخالفين كما هى عادته، ومذهبهم أن الوصيه المعينه كالثلث مثلاً لاثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول. ومذهبنا: إن الثانى يكون رجوعاً عن الأول إن علم الترتيب، وإن اشتبه أُقرع، وهذا المذكور على إطلاقه من مواضع الإشتباه، فلما ذكر حكم الوصيه على القولين على مذهب المخالف، وكان مذهبنا يخالف القول الأول على تقدير تقديم الشاهدين، ذكر ما يوافق مذهبنا على تقديره التعارض لئلا يوهم أن مذهبنا على تقدير التعارض، ولئلا يوهم أن مذهبنا على تقديره يوجب اشتراكهما فى الموصى به، وهذا ليس حكماً بترجيح القول بالتعارض بل هو باق على تردده حيث اقتصر على مجرد نقلهما، وإنما فرع ما يناسب القول الثانى من مذهبنا، فنقل الشيخ فخر الدين عنه التردد أقعد. وقول المصنف: وربما قال الشيخ. . . يدل على احتماله للأمرين، وكذلك فعل العلامه فى القواعد نقلاً عن الشيخ» . قلت: إن الشيخ قدّس سرّه قد وضع المبسوط للدلاله على كثره الفروع فى فقهنا، وأنه ما من فرع ذكره العامّه إلا وهو موجود فى أخبارنا ومنصوص عليه تصريحاً أو تلويحاً من أئمتنا، فالقول بأن عادته الحكايه عن المخالفين كما فى المسالك، أو إنه اقتصر هنا على نقل قولى العامّه كما فى الجواهر عن الفخر، يخالف الغرض الذى وضع لأجله المبسوط، فليتأمل.

وكيف كان، فلا ريب فى ضعفه.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين» .

أقول: فالحاصل عدم صدق « البينه» على الشاهد الواحد مع اليمين، وحينئذ لا يقع التعارض بينه وبين البينه مطلقاً، بل يقضى بما قامت عليه البينه ولا يلتفت إلى الشاهد واليمين.

الحكم بالقسمه يختص بمورد إمكانه

قال المحقق: « وكلّ موضع قضينا فيه بالقسمه، فإنما هو فى موضع يمكن فرضها كالأموال دون ما يمتنع، كما إذا تداعى رجلان زوجه» (۱).

أقول: قد ذكرنا سابقاً: أن فصل الخصومه بالتنصيف يكون فى كلّ مورد أمكن فيه ذلك، قال فى (المسالك) إن العباره توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمه لكنه تجوز بها فى إمكان الشركه، ولو عبّر بها كان أولى (۲). ومن هنا قال فى

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۹۲.

(الجواهر) مازجاً بالمتن: فی موضع یمکن فرضـها بإمکان الإشتراک فیه وإن لم یقسم فعلاً کالعبـد والأمه، دون ما یمتنع لامتناع الشرکه فیه (۱).

وکیف کـان، فقـد ذکرنـا سابقـاً أنه فی کـلّ موضع لم یمکن التنصـیف - کمـا إذا کان مورد التـداعی هو الزوجه - فالحکم هو القرعه، ویـدل علیه مرسـل داود بن أبی یزیـد العطـار عن الصـادق علیه السـلام: « فی رجـل کـانت له امرأه، فجـاء رجـل بشـهود فشـهدوا أن هـذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخرون فشـهدوا أنها امرأه فلان، فاعتـدل الشـهود وعدلوا، قال: یقرع بین الشـهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولی بها» (۲)وعمل الأصحاب به جابر لضعفه.

ولم یذکر الإمام علیه السلام فیه الیمین، فیقیّد - کما تقدم - بما دلّ علی أن من خرج اسمه بالقرعه فعلیه الیمین، مثل خبر الحلبی الذی یعمّ الأموال وغیرها.

لکن فی (المسالک) إنه لا فائده فی الإحلاف بعد القرعه، لأن فائدته القضاء للآخر مع نکوله، وهو منفی هنا (۳).

وأجاب فی (الجواهر) بقوله: « وفیه: إنه لا مانع منه، وإنما المنفی التنصـیف بینهما علی تقدیر النکول منهما، بل یتّجه فیه انتفاؤها عنهما، نعم، لا تعرض فی الخبر للیمین، ولا ینافی إطلاق ثبوتها فی غیره، خصوصاً بعد ما عرفت أن القرعه لإثبات الرجحان الذی یتبعه الیمین علی حسب الترجیح بالأعدلیه والأکثریه، . . .» (۴).

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۳۳.
۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۵۲/۸. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۲.
۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۲.
۴- ۴) جواهر الکلام ۴۰: ۴۳۳.

قلت: وما ذكره تام إلا قوله: « بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما» الظاهر فى أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفى كونها زوجه لهما، فإنا نقول بأن مقتضى البينتين تحقق العلم الإجمالى بكونها لأحدهما، وإن لم يحصل العلم الإجمالى بكونها بينهما، فلا ريب فى إفادتهما نفى كونها لثالث، فلا يجوز تزويجها من ثالث، فلا مناص حينئذ - أى فى صوره نكولهما - عن القرعه مره ثانيه، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين.

قال فى (الجواهر) : « ومما ذكرنا يظهر لك النظر فى كلام الفاضل حيث قال: « فصل: فى أسباب الترجيح لحجه على اخرى، وهى ثلاثه: الأول: قوّه الحجه كالشاهدين، والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين، ولو اقترنت اليد بالحجه الضعيفه احتمل تقديمها والتعادل» (١).

ووجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد واليمين تحت النصوص، فلا يتحقق التعارض، والترجيح فرع التعارض كما هو واضح.

هل اليد من المرجحات؟

ثم ذكر العلامه السبب الثانى من أسباب ترجيح احدى البينتين على الاخرى بقوله: « الثانى: اليد، فتقدم بينه الداخل على الخارج على رأى، والأقوى العكس» .

أى: فتكون اليد سبباً لتقدم بينه الداخل على بينه الخارج، على رأى بعض الأصحاب القائلين بحجيه بينه ذى اليد، واختار قدّس سرّه العكس، وهو تقديم

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٣.

بینه الخارج فلا تکون الید مرجحه، لما تقدم من عدم حجیه بینه ذی الید، لقوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم « البینه علی المدعی والیمین علی أنکر» فلا تسمع بیّنته حتی تکون یده مرجحه لها.

ثم ذکر قدّس سرّه هنا فروعاً، فقال:

« إلا أن یقیمها بعد بینه الخارج علی إشکال، فلو ادّعی عیناً فی ید غیره فأقام بینه فأخذها منه، ثم أقام الذی کانت فی یده أنها له، نقض الحکم وأعیدت إلیه علی إشکال» (۱).

قال کاشف اللثام: « من انقلاب الداخل خارجا، والعکس بإقامه الخارج البینه بالحکم فیها، وهو اختیار الشیخ، ولکن بناء علی تقدیم بینه الداخل لانکشاف بینته لذی الید. ومن اتحاد الدعوی، فلا یختلف الحال بتأخیر إقامه البینه وتقدیمها، والید الطاریه لإقامه البینه لا دلاله لها علی شیء، وهو الأقوی» (۲).

وتبعه صاحب (الجواهر) حیث قال: « وفیه أیضاً مالا یخفی، ضروره اقتضاء ذلک التسلسل المنافی لحکمه القضاء الذی هو الفصل بین المتخاصمین، والفرض أنها دعوی واحده، فالمتّجه عدم سماعها مطلقاً» (۳).

لکن فی (کشف اللثام) : « نعم، لو رافع إلی حاکم لا یعلم بالحال، فلا إشکال فی الإعاده إلیه» (۴).

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۸ - ۴۸۹.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۲۵۴.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۴۳۴.

۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۲۵۵.

ثم قال العلامه: « ولو أراد ذو اليد إقامه البيّنه قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل، فالأقرب الجواز» (١).

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل - أى إثبات ملكيته وثبته فى سجلّ الدعاوى لدى الحاكم - غرض مقصود، فربما احتاج إلى الإثبات فى المستقبل ولا يمكنه لعدم حضور الشاهدين أو موتهما أو غير ذلك.

وذكر شراح (القواعد) للعدم وجهين، أحدهما: إنه لا بينه إلا على خصم، والآخر: إن الملك ثابت له بدون البينه بمجرد اليد والتصرف مع انتفاء المنازع، فلا فائده للبينه، وتحصيل الحاصل محال (٢).

وقد أجابوا عن الوجهين: بأن التسجيل فائده عقلائيه، ولا مانع من إقامه البينه مع عدم الخصومه الفعليه حيث يحتمل تحققها فى المستقبل وعدم تمكنه من إثبات دعواه حينذاك بسبب من الأسباب.

قلت: والأقرب هو الجواز، والفرع يبتنى على القول بحجيه بينه الداخل كما لا يخفى.

ثم قال العلامه: « ولو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين جاز» (٣).

أقول: وهذا أيضاً مبنى على حجيه بينه ذى اليد كما ذكرنا.

ثم قال: « ولو أقام بعد إزاله يده بينه الخارج وادعى ملكاً سابقاً، ففى التقديم بسبب يده التى سبق القضاء بإزالتها إشكال» (۴).

فى (كشف اللثام) : « من سبق يده وأنه الداخل والبينه تشهد له بالملك

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ۴٨٩.
٢- ٢) إيضاح الفوائد ۴: ۴١٠.
٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ۴٨٩.
۴- ۴) قواعد الأحكام ٣: ۴٨٩.

المستند إلى ذلك الزمان. ومن كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البينه بعد القضاء للخارج قبل إزاله اليد فهى بينه الداخل» (١).

وفيه: - كما فى (الجواهر) - ما لا يخفى، من أنه ليس من الداخل على التقديرين، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج (٢). نعم، إذا كانت بينه الداخل حجه وتقدّم على بينه الخارج، فالظاهر التقديم، لأن بيّنته حينئذ تشهد بأن العين قد أُخذت منه وأُزيلت يده عنها ظلماً.

ثم قال العلامه: « وإذا قدمنا بيّنه الداخل فالأقرب أنه يحتاج إلى اليمين» (٣).

قال فى (الجواهر) : كأنه مناف لما ذكره سابقاً من إسقاطها اليمين، اللهم إلا أن يفرق بين معارضه البينه وبين معارضه مجرّد الدّعوى، فتسقط على الأول، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثانى (۴).

قلت: لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد.

ثم قال العلامه - بشرح الفاضل الهندى -: « وإذا قامت البينه على الداخل أو أقرّ فادّعى الشراء من المدعى أو ثبت الدين عليه ببينه أو إقرار فادّعى الإبراء، فإن كانت البينه بدعواه حاضره سمعت قبل إزاله اليد وتوفيه الدين، وإن كانت غائبه طولب فى الوقت بالتسليم، لثبوت الاستحقاق شرعاً من غير ظهور معارض، وليس له المطالبه بكفيل، للأصل.

ثم إذا أقام البينه استرد، و ربما احتمل العدم والتأجيل ثلاثه أيام، كما هو

١- ١) كشف اللثام ١٠: ٢۵۵.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ۴٣۵.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ۴٨٩.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴٠: ۴٣۵.

حکم مدعی جرح الشهود، ولکنه واضح الضعف» .

قال: « ولو طلب الإحلاف أنه لم یبعه منه أو لم یبرء، قدم علی الاستیفاء لکونه کحضور البینه» (۱)فإن حلف ذاک استوفی العین وإن نکل أُبقیت فی ید هذا.

ثم قال العلامه: « ولو اعترف لغیره بملک لم تسمع بعده دعواه» (۲)لکونها إنکاراً بعد الإقرار، فإن ادّعی بعد ذلک شرائها مثلًا منه سمعت هذه الدعوی، لعدم منافاتها لإقراره السابق، فإن أقام البینه حکم له وإلا حلف الطرف الآخر وأُبقیت فی یده.

أما لو ثبت کون العین لغیره لا ـ باعترافه بل ببینه ذاک أو حلفه، سمعت دعواه کونها ملکاً له، للفرق بین ثبوت الملک للآخر بالإقرار والثبوت بالحجه.

هل الشهاده بقدم الملک أولی؟

قال المحقق قدّس سرّه: « والشهاده بقدم الملک أولی من الشهاده بالحادث مثل أن تشهد احداهما بالملک فی الحال والاخری بقدیمه، أو احداهما بالقدیم والاخری بالأقدم، فالترجیح لجانب الأقدم» (۳).

أقول: إذا تعارضت البینتان فی الملک، ولکن اختصت احداهما بزیاده التاریخ، بأن قالت احداهما بأن هذه العین لزید فی الحال وقالت الاخری هی لعمرو منذ سنه، أو قالت تلک: هی لزید منذ سنه، وقالت هذه هی لعمرو منذ سنتین، فهل زیاده التاریخ والشهاده بقدم الملک یوجب الأولویه والترجیح لبینه عمرو

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۲۵۶.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۹.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

أولا؟ ذهب المحقق إلى الأول، وجعل العلامه فی (القواعد) اشـتمال احدی البينتين على زياده كزياده التاريخ من أسباب ترجيح البينه (١)، وفی (الجواهر) نسبه هذا القول إلى الشيخ وابنی إدريس وحمزه، بل فی (المسالک) نسبته إلى المشهور (٢).

و وجه تقديم متقدمه التاريخ هو: إن تلک البينه تثبت الملک لعمرو فی وقت لا تعارضـها البينه الاخری فيه وهو السـنه الاولى فی المثال، وإنما تعارضـها فيها بعـدها، فتتساقطان فی محل التعارض ويثبت الملک لعمرو فی السـنه الاولى بلا معارض - ولهذا كان له المطالبه بالنماء فی ذلک الزمان - والأصل فی الثابت دوامه.

قال فی (الجواهر) : ولم أجـد فی شـیء من النصوص إشاره إليه، إلا ما فی صـحيح ابن سـنان عن الصادق عليه السـلام عن على عليه السـلام: « وكان إذا اختصم إليه الخصـمان فی جاريه، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البيّنه جميعاً قضى بها للذی أنتجت عنده» (٣).

أقول: « كان» ظاهر فی الإستمرار، لكن من البعيد تكرّر هذه الواقعه بحيث يصح التعبير بهذا اللفظ، إلا أن يكون الحكم متكرراً و يقصـد التمثيل بقضـيّه الجاريه. وقوله: « قضـى للذی أنتجت عنده» له ظهور فی كونه ذايد، فتكون الصـحيحه فی غير ما نحن فيه، لأن المسأله مفروضه فيما إذا كان مورد الدعوى فی يد ثالث. . . وكيف كان، فالإستناد إليها فی هذا المقام محلّ تأمّل.

فهذا هو الذی ذهب إليه المشهور.

وعن غير واحد من الأصحاب: إحتمال التساوی بين البينتين وعدم تقدّم

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٧.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

المتقدمه التاريخ، بل احتملوا تقدّم المتأخره، لأنها تشهد بانتقالها من زيد إلى عمرو، وتلك تشهد بكونها لزيد منذ سنتين ولا تنفى انتقالها عنه، وإذا لم تقدم لإمكان استناد شهادتها إلى اليد – وهى تحتمل الملك وغيره – فلا أقل من التساوى.

وأما إذا شهدت المتأخره التاريخ بسبب الملك، كما لو شهدت بأن عمراً اشتراها من زيد، قدّمت على الاخرى قطعاً، خلافاً للعلامه فى (التحرير) (١)لأنها لمّا صرّحت بالشراء علم أنها اطّلعت على ما لم تطّلع عليه الاخرى، فإن تلك وإن شهدت بأنها ملك زيد من ابتداء سنتين مثلاً إلى الآن، لكن غايته أنهما علما بكونها ملكه ولم يعلما بمزيله فى المده.

أقول: ومقتضى قاعده تقدّم الإثبات هو تقديم البينه المتأخره التاريخ مطلقاً، أى سواء أطلقت أو ذكرت السبب، خلافاً للمشهور فى الأول وللتحرير فى الثانى. وأما ما ذكره فى (الجواهر) تبعاً لكاشف اللثام من « أن هذه البينه لما لم تتعرّض لسبب الملك، أمكن استناد شهادتها إلى اليد وهى تحتمل الملك وغيره، ويمكن أن تكون الاخرى أيضاً تعلم اليد وأنها لغير الملك فلذا حكمنا بالتساوى» (٢)فخروج عن فرض المسأله، لأنها مفروضه فيما إذا كان الشىء فى يد ثالث، وسيصرّح بذلك صاحب (الجواهر) نفسه بقوله: « هذا كلّه، مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما» .

وكيف كان، فلا يمكن المساعده على ما ذهب إليه المشهور.

١- ١) تحرير الأحكام ٥: ١٨٨/۶۵۴۴.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ۴٣٨.

فإن لم تقدم المتأخره التاريخ، تتعارضان وتتساقطان، ويكون المرجع هو الأصل، ومقتضاه كون العين لزيد.

ولو أطلقت احداهما وأرّخت الاخرى، قيل: تساوتا، لاحتمال الاطلاق، هذا التاريخ وغيره، زائداً أو ناقصاً، فلا زياده فى احداهما على الاخرى إلا بالتعرّض للتاريخ، وهو مما لا يؤكد الملك ليتسبب الترجيح.

وفيه: إن المتّجه تقديم المطلقه مع العلم باستناد المؤرخه إلى الإستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينه التى تقتضى انقطاعه، أما إذا لم يعلم، فالمتّجه العمل بالإستصحاب أيضاً، اقتصاراً فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه وهو الملك فى الحال، فيبقى غيره مستصحباً.

ولو شهدت احداهما بسبب الملك كالشراء مثلاً فقيل: تقدم على المطلقه، قال فى (الجواهر) : وقد مرّ فى خبر أبى بصير ما يؤيده فى الجمله.

وفيه: كما فى (الجواهر) (۱)أيضاً إنه كما يحتمل أن يكون حكم الإمام عليه السلام فيه من جهه تقديم البينه المقيده على المطلقه، كذلك يحتمل أن تكون بينه المدعى متقدمه تاريخاً، فمن هذه الجهه حكم الإمام بكونها للذى ادّعى الدار وأقام البينه عليها، ولعلّه من هنا قال: يؤيّده فى الجمله.

هذا كلّه إذا لم تكن العين فى يد أحد المتداعيين.

وأما إذا كانت فى يد أحدهما، فإن كانت بيّنه الداخل أسبق تاريخاً - قال فى (المسالك) - فهو المقدّم لا محاله (۲)، وعن (الخلاف) نفى الخلاف فيه، و ذلك

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۳۹.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۹۳.

لاجتماع مرجحين فيه، وهما اليد وزياده التاريخ.

لكن في (القواعد) : ولو شهدت لذى اليد بالقدم، تعارض رجحان التقدم إن قلنا به وكون الآخر خارجاً (۱).

قال في (كشف اللثام) : فيحتمل التساوى لاشتمال كلّ على مرجّح، وتقديم الخارج لعموم دليله، وهو الأقوى، والعكس كما في المبسوط (۲)والخلاف (۳)ونفى فيه الخلاف، لاجتماع مرجّحين فيه ولعموم دليله. ويضعّف: بأن دليله إن تم نزلت بينه الخارج منزله العدم، ولا عبره ببيّنه الداخل إذا لم يكن للخارج بيّنه، وبأنه على القول بترجيح بيّنه الخارج لا عبره ببينه الداخل أصلًا، لأنها ليست من شأنه، وإذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه أو غيرها معنى (۴).

وفي (الجواهر) : الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه، وحينئذ يتوجّه ترجيحها بالأمرين، وتنزيل بيّنه الخارج منزله العدم إنما هو لمعارضه بيّنه الداخل، فلا وجه للقول بأنه لا عبره ببيّنه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه (۵). . .

أقول: إنه في صوره وجود البيّنه للخارج دون الداخل، فلا ريب في أنه يحكم له كما هو واضح، وإن لم يكن له بينه حلف ذواليد، وإن كان لكليهما بينه - والمفروض حجيه بينه ذى اليد أخذاً بعموم دليل حجيه البينه - فلا وجه للقول

ص:۶۶۶

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۹۰.

۲- ۲) المبسوط في فقه الاماميه ۸: ۲۸۰.

۳- ۳) كتاب الخلاف ۶: ۳۴۲، المسأله ۱۵.

۴- ۴) كشف اللثام ۱۰: ۲۵۹.

۵- ۵) جواهر الكلام ۴۰: ۴۴۰.

بالتساقط، بل تقـدم بينه ذى اليـد لوجود المرجحين المـذكورين، فما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر، لكن المختار عندنا أن بينه الداخل غير مسموعه مطلقاً، كما تقدم ويأتى.

وإن كـانت بينه الخـارج أسبق تاريخـاً، ففى (الجـواهر) عن الخلاـف الجزم بتقـديم بينه الـداخل كـذلك مـدّعياً عليه الإجمـاع والأخبار، ولعلّه لأن البينه بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادّعى داراً فى يد رجل وأقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكـذلك هنـا، لكن فى (كشف اللثـام) : يقوى تقـديم الخارج كما فى المبسوط، لأن بينته فى الزمان المختص بها غير معارضـه (١).

وفى (المسالك) ذكر ثلاثه أوجه:

أحـدها: ترجيـح اليـد، لأن البيّنتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال فتتساقطان فيه، ويبقى من أحـد الطرفين اليد ومن الآخر إثبات الملك السابق، واليد أقوى من الشهاده على الملك السابق، ولهذا لا يزال بها.

والثـانى: ترجيـح السـبق، لأـن مع إحـداهما ترجيحـاً من جهه البينه ومع الاـخرى ترجيحاً من جهه اليـد، والبينه تتقـدّم على اليـد، فكذلك الترجيح من جهتها مقدّم على الترجيح من جهه اليد.

والثالث: إنهما متساويان لتعارض البينتين (٢).

أقول: إن كان للـداخل بينه وهى مسـموعه، فعلى هذا المبنى تتقدّم بيّنته فى هذه الصوره كالصوره السابقه، وأما على المختار من أنه لا بينه للداخل، لكون قوله

١- ١) جواهر الكلام ۴۰: ۴۴۰.

٢- ٢) مسالك الأفهام ۱۴: ۹۳.

صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: «البینه علی المدّعی و الیمین علی من أنکر» مخصّصاً لعموم أدلّه الشهاده، فلا ریب فی تقدّم بینه الخارج، لأن بینه ذی الید غیر مسموعه، ویده لا تصلح لمعارضه بینه الخارج.

هذا، وفی (المسالک) : إعلم أن إطلاق عباره المصنّف یقتضی عدم اشتراط إضافه البینه بالملک القدیم والتعرض لذلک فی الحال، وهو أحد الوجهین فی المسأله، لأن الملک إذا ثبت سابقاً فالأصل فیه الدوام والإستمرار، فلا یفتقر إلی التصریح باستمراره.

والثانی – وهو المشهور –: إن الشهاده بالملک القدیم لا تسمع حتی یقول: وهو فی ملکه فی الحال، ولا أعلم له مزیلاً، حتی لو قال: لا أدری زال أم لا، لم یقبل، لأن ثبوت الملک سابقاً إن اقتضی بقاءه فید المدّعی علیه وتصرّفه یدل علی الإنتقال إلیه، فلا یحصل ظن الملک فی الحال، ولأن دعوی الملک السابق لا تسمع فکذلک البینه علیه، وعلّلوا عدم قبول الشهاده مع قوله لا أدری زال أم لا – مع أن مؤدّاها قریب من قوله لا علم له مزیلاً –: بأن الأولی تقتضی تردداً وریبه، فهی بعیده عن أداء الشهاده (1) .

وفیه نظر: لأن الجزم الواقع فی الشهاده بالصیغتین الاولیین إنما استند إلی استصحاب الملک وظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافی، وإلا فالتعبیر بالاستمرار لا یتفق، لأن الأسباب الموجبه لانتقال الملک عن المشهود له لا یمکن القطع بعدمها وإن صحبه الشاهد لیلاً ونهاراً، فإن منها ما یمکن وقوعه سرّاً بنفسه مع نفسه، والإستناد إلی الإستصحاب وظن الاستمرار یتأدی بقوله: لا أدری زال أم لا کما

ص:668

1- 1) مسالک الأفهام 14: 93 – 94.

يتأدّى بقوله: وهو ملكه فى الحال، لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا، جاز له استصحاب البقاء والحكم به فى الحال، وكون الصيغه بعيده عن أداء الشهاده فى حيّز المنع.

ومن ثم ذهب بعضهم إلى عدم اشتراط الضميمه، مع أن الشهاده بالملك السابق لا ينافى العلم بتجدّد انتقاله عنه، فمع إضافته ما ينافى العلم بالانتقال أولى.

والحق: إن إطلاق الشهاده بالملك القديم لا يسمع، لعدم التنافى بين كونه ملكاً له بالأمس مع تجدّد انتقاله عنه اليوم وإن كان الشاهد يعلم بذلك، بل لابدّ من إضافه ما يفيد عدم علمه بتجدّد الإنتقال، وذلك يتحقق بهذه الصيغ وإن كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردّد أولى.

حكم الإستناد إلى الإستصحاب فى الحكم والشهاده:

أقول: هنا فروع متعدده:

فمنها: إنه هل للحاكم أن يحكم بالاستناد إلى الإستصحاب، كما إذا علم بكون العين لزيد سابقاً ثم لما ادّعاها عمر يشك فيستصحب بقائها على ملك زيد؟ إن قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه، لأن استصحابه يقوم مقام علمه.

ومنها: إنه هل للشاهد أن يشهد مستنداً إلى الإستصحاب؟ وإذا جاز ذلك، فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته إلا الإستصحاب، أو مع تصريح الشاهد باستناده إلى الإستصحاب، أو تصريحه بالجهل بالأمر فى الحال؟ وهل يعتبر ذلك شهاده؟

ومنها: إنه لو قال أشهد بكونها ملكاً لزيد أمس، ثم سكت بالنسبه إلى الحال، فهل للحاكم أن يحكم بكونها لزيد فى الحال أخذاً بالإستصحاب؟

قال فی (الجواهر) : لا مدرک للمسأله بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهاده عرفاً، فلا حکم للمشکوک فیها فضلاً عن غیرها، ولاـ ریب فی عدم صدق الشهاده بالملک فی الحال بمجرّد الشهاده علی قدم الملک، بل قد یشک فی صدقها مع التصریح بالإستصحاب، بل ومع قوله: لا أعلم له مزیلاً، فضلاً عن قول: لا أدری زال أم لا، وجواز الشهاده بالإستصحاب لا یقتضی تحقق اسمها مع التصریح به أو بما یساویه، وإنما المعلوم کونها شهاده عرفاً قوله هو ملکه فی الحال، ولعلّه لذا اقتصر علیه بعضهم کما عن آخر التصریح بإراده تحقق الملک الحال من قوله لا أعلم له مزیلاً نحو القول إن هذا الأمر قطعی لا أعلم فیه مخالفاً، ففی الحقیقه هو شهاده علی عدوان الید المعارضه (۱).

قلت: قد یقال: صحیح إن الحاکم لا یحکم فی هذه الحاله بالملکیه الفعلیه للمشهود له استنادا إلی هذه الشهاده، إلا أنه لما شهد الشاهد بالملکیه السابقه فقد ثبت ملک أمس عند الحاکم بالشهاده، فإذا شک الحاکم نفسه فی زوال تلک الملکیه بادّعاء عمرو استصحب بقائها حتی الحال فیحکم بکون العین لزید المشهود له، لکن هذا فی صوره عدم کونها فی ید عمرو، لأن یده حینئذ مقدمه علی الإستصحاب المذکور، ولذا قیل إن للحاکم الحکم استناداً إلی الإستصحاب فی صوره عدم وجود ید معارضه له.

قلت: لکن نفس الإدلاء بالشهاده له بالملکیه، له ظهور عرفی فی الشهاده علی الملکیه الفعلیه وإن لم یضم إلیه ضمیمه، وإلا فما الداعی للشاهد علی الشهاده علی الملکیه السابقه مع أن النزاع حول الملکیه فی الحال؟ فإذا کان الملاک هو الصدق العرفی فالظاهر تحققه، ولعلّ هذا وجه اطلاق المحقق قدّس سرّه.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۴۲.

وهنا فرع آخر تعرّض له المصنف فى المسأله الخامسه.

قال فى (الجواهر) : وما عساه يظهر من بعض الناس من الإجماع على كون الشهاده المزبوره كالشهاده على الملك فى الحال فى الإنتزاع بها، بل مرجع الأخيره إلى الاولى عند التحليل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الإنتقال التى منها ما يقع بين المالك وبين نفسه من دون اطّلاع أحد، وحينئذ، فما دلّ على الأخذ بشهاده العدلين من قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « البينه على المدّعى» شامل للصورتين، بل محل البحث منهما هى الغالبه، لندره البينه المطلعه على العدم، لم أتحققه.

فإن تمّ كان هو الحجه وإلا فالمسأله محلّ نظر، والظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال فى يد مسلم.

نعم، ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد، كما فى خبر حمران (١)المشتمل على دعوى ملكيه جاريه بنت سبع سنين، فلاحظ (٢).

هذا كلّه فى الشهاده بالملك.

١- ١) قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأه، ادعى الرجل أنها مملوكه له وادّعت المرأه أنها ابنتها، فقال: قد قضى فى هذا على عليه السلام، قلت: وما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلّهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالرق وهو مدرك، ومن أقام بينه على من ادّعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه ويكون له رقّاً، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى أنها مملوكه له بينه على ما ادّعى، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب، دفعت الجاريه إليه حتى تقيم المرأه من يشهد لها أن الجاريه ابنتها حره مثلها فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل، قلت: فإن لم يقم الرجل شهوداً أنها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنها ابنتها دفعت إليها، فإن لم يقم الرجل البينه على ما ادعى ولم تقم المرأه البينه على ما ادعت، خلّى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت» وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٢/٩. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٢ - ٤٤٣.

الشهاده بالإقرار

وأما لو شهد بأنه أقرّ له بالأمس ففی (القواعد) : « ثبت الإقرار واستصحب موجبه وإن لم يتعرض الشاهد للملک الحالی» (۱).

وفی (کشف اللثام) : « کما إذا سمعنا نحن منه الإقرار حکمنا بالملک للمقرّ له إلی ظهور المزيل، والفرق بين ثبوت الملک بالإقرار وثبوته بالبينه واضح» (۲).

وفيه نظر - کما فی (الجواهر) (۳)- فلو اُخذت العين من زيد بإقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم، أشکل رفع يده هذه بذاک الإقرار، لأن اليد الفعليه تعارض إقرار الأمس، وإن سقطت يده أمس بالإقرار اللاحق لها، لکشفه عن کونها يد عدوان مثلاً.

کما أن اليد الفعليه هذه لا تسقط بالبينه السابقه عليها التی رفعت يده بها عن العين.

تقدم الشهاده بالملک علی الشهاده باليد

قال المحقق قدّس سرّه: « وکذا الشهاده بالملک أولی من الشهاده باليد، لأنها محتمله» (۴).

أقول: أی إن الشهاده باليد محتمله للملک وغيره، فتکون الشهاده بالملک

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۰.
۲- ۲) کشف اللثام فی شرح قواعد الأحکام ۱۰: ۲۶۱.
۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۴۴۴.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

نصّاً فی الملک، والشهاده بالید ظاهره فی الملک، والنصّ متقدّم علی الظاهر عقلاً ونقلاً.

لا یقال: لا یوجد عندنا نص فی خصوص تقدّم النص علی الظاهر.

لأنّه لیس المراد ذلک، بل المراد أن قوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم « إنما أقضی بینکم بالبیّنات والأیمان» و « البینه علی المدعی والیمین علی المدّعی علیه» صریحان فی أن البینه حجه علی الملکیه، سواء وجدت ید أولا.

تقدّم الشهاده بسبب الملک علی الشهاده بالتصرف

قال المحقق: « وکذا الشهاده بسبب الملک أولی من الشهاده بالتصرف» (۱).

أقول: أی، لأن التصرف کما یکون عن ملک کذلک یکون عن وکاله ونحوها، وحینئذ، تکون الشهاده بسبب الملک - کالشراء مثلاً - متقدمه علی الشهاده بالتصرف، من باب تقدم النص علی الظاهر، فإن ذلک قاعده جاریه فی کلام الشخص الواحد والشخصین اللذین هم بحکم الواحد.

هذا فیما إذا شهدتا بالنسبه إلی زمان واحد. وأما لو قامت الشهاده علی الید الفعلیه والشهاده علی الملک السابق، فسیأتی الکلام فیه.

هذا، وفی (المسالک) : « ولا فرق علی هذا التقدیر بین تقدیم تاریخ شهاده الید - بأن شهدت أن یده علی العین منذ سنه، وشهدت بینه الملک بتأریخ متأخر، أو بأنه یملکه فی الحال - وتأخّره، لاشتراک الجمیع فی المقتضی وهو احتمال الید بخلاف الملک. وفی هذه المسأله قول بتقدیم الید علی الملک القدیم، وسیأتی الکلام

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

فيه» (۱).

قال فی (الجواهر) : وهو کما تری، ضروره أجنبیه ذلک عمّا نحن فیه، وهو ما عرفت من إراده بیان عدم تعارضهما بعد فرض تعلّقهما بمورد واحد (۲).

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۵.

۲- ۲) جواهرالکلام ۴۰: ۴۴۵.

المسأله الثالثه: (إذا ادّعىٰ شيئاً فقال المدّعى عليه: هو لفلان)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ادّعى شيئاً، فقال المدّعى عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه، حاضراً كان المقرّ له أو غائباً» (۱).

أقول: إذا كان شيء بيد شخص، فادّعى أحد كونه له، فتاره: يقول المدّعى عليه: هو لي، واخرى: يقرّ به لمعين فيقول: هو لفلان، وثالثه: يقرّ به لمجهول فيقول: ليس لي ولكن لا أسمّي مالكه أو لا أعرفه.

ولو أقرّ به لمعين، فتاره: هو ممّن يمكن المخاصمه معه، واخرى: لا يمكن المخاصمه معه كأن يكون طفلًا، وتاره: يكون حاضراً، واخرى: يكون غائباً.

فإن أقرّ بالشي لمالك معين بأن قال هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه وتوجّهت إلى المالك، سواء كان حاضراً أو غائباً، وليس له أن يحلّف ذا اليد، إذ لا يحلف أحد على مال لغيره.

وهل أن قوله: هو لفلان، يدخل الشي في ملك فلان المقرّ له أو يخرجه عن ملك ذي اليد فقط؟ وجهان، فعلى الثاني يكفي للمدّعي إثبات كون المال له، وعلى الأول يحكم الحاكم بكونه للمقرّ له، وعلى المدعي المرافعه معه، فيكون المقرّ له هو المدّعى عليه، وهل للمدعي إحلاف ذي اليد أنه لا يعلم أنها له أولا؟ فيه قولان،

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

كما سيأتى.

ولكن إذا كانت فى يـد الشـخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدّعى البينه لدى الحاكم على كونها له لا للمقرّ له، فيأخذها الحاكم ويدفعها إليه؟ لأنه إن كان المقرّ له حاضـراً أو يمكن حضوره، فالبينه مؤثره كما هو واضح، وإن كان غائباً حكم للمدّعى ثم الغائب على حجّته، نعم، لا يمكن إقامه البينه بأن يكون ذو اليـد هو المدّعى عليه، لأنه لا يمكن له اليمين فى مال المقرّ له، إلا إذا كـان مورد الـدعوى وجوب تسـليم العين، بأن يقيم البينه على الملكيه المسـتتبعه لوجوب تسـليمها فيحلف ذو اليـد على عـدم وجوبه.

وأما إذا سلّم المدّعى عليه العين إلى المقرّ له، فإما هى باقيه بيد المقرّ له، وإمّا هى تالفه، وهل للمدّعى أن يدّعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفى العلم فإن لم يحلف غرم؟ قال المحقق: نعم، وهـذه عبارته: « وإن قال المـدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل أوردّ» (۱)وعليه العلامه فى (القواعد) (۲)، وقد نسب إلى الشيخ فى أحد قوليه (۳)، وفى (المسالک) : يجوز إن كانت تالفه (۴)، أى، فإن كانت العين باقيه أمر باستردادها. . . وأما إذا لم يمتنع وحلف على نفى العلم فلا شيء عليه.

قال المحقق: « وقال الشيخ: لا يحلف ولا يغرم لو نكل، والأقرب أنه يغرم، لأنه حال بين المالک وبين ماله بإقراره لغيره» .

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۶.

۳- ۳) المبسوط فى فقهالاماميه ۸: ۲۶۶.

۴- ۴) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۸.

ووجه قول الشيخ هو: إن الإمتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدّعى، بل لا يضمن حتى مع الإقرار بذلك، لأنه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ، فلا وجه للضمان.

قلت: والتحقيق أن الحكم بـالغرم بالإمتناع عن اليمين على نفى العلم متوقف على توفّر ثلاث مقـدمات: احـداها: أن يكون الإقرار لغيره بمنزله الإتلاف للمال. والثانيه: أن يكون الإمتناع عن هذه اليمين بمنزله الإقرار للمدّعى. والثالثه: أن يكون العلم بكون العين للمـدّعى جزءاً لموضوع الضـمان أو تمام الموضوع، وأما إذا لم يكن للعلم دخل فى الضـمان - كما هو الصـحيح، لأن اليد كافيه فى ثبوت الضمان - فلا أثر لليمين على نفى العلم.

هذا، وفى (المسالک) : « إذا ادّعى شـيئاً على إنسان، فقال المدّعى عليه: إنه ليس لى، فإمّا أن يقتصـر عليه أو يضيفه إلى مجهول أو إلى معلوم. فإن اقتصـر عليه أو أضافه إلى مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا اسميّه، ففى انصراف الخصومه عنه وانتزاع المال من يده وجهان، أصـحّهما - وهو الذى لم يذكره المصنف - أنها لا تنصرف ولا ينتزع المال من يده، لأن الظاهر إن ما فى يده ملكه وما صدر عنه ليس بمزيل، ولم يظهر لغيره استحقاقاً، وعلى هذا، فإن أقرّ بعد ذلک لمعيّن قبل، وانصرفت الخصومه إلى ذلک المعين، وإلا فيقيم المدعى البينه عليه أو يحلّفه» (١).

قلت: ولا يخفى ما فيه، لأن قوله: « ليس لى» يزيل ملكيته يقيناً لأنه إقرار، وهـذا الإقرار يسـقط يده عن كونها أماره للملكيه، نعم، لا ملازمه بين إزاله الملكيه للمال وإزاله الملكيه لليد، فتكون يده مثل يد الوكيل والأمين والمستعير

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۶.

والمستأجر، لأن إقراره يزيل الملكيه للعين ولا يفيد كون يده عدوانيه، بل تبقى على حجيتها، وعلى ما ذكرنا تنصرف الدعوى عنه، إذ لو أراد الحلف حينئذ كان فى ملك غيره، وأما بناءاً على ما ذكره من عدم صدور ما يزيل الملكيه منه فيجوز المرافعه معه، وعلى ما ذكرنا - من عدم الملازمه المذكوره - يترتب الأثر على إقراره فيما لو أقرّ بعد ذلك لشخص معيّن.

قال: « والوجه الثانى: إنها تنصرف عنه بذلك، ولأنها تبرء من المدّعى عليه، وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدّعى بينه على الإستحقاق فذاك وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكه» (١).

قلت: وهذا صحيح فى صوره تماميه الملازمه المذكوره، مع احتمال كون يده عليها مشروعه، فيأخذها الحاكم بعنوان النهى عن المنكر. .

فظهر أن الصحيح هو إبقاء العين فى يد المدّعى عليه، فإن قلنا بأن إقامه البينه لا تتوقف على تمكن المدّعى عليه من اليمين، سمعت ويعطاها، وإلا أُبقيت فى يده. . وإن قال: « هى لقطه» فله أن يدفعها إلى الحاكم، لأنه مال مجهول مالكه فيرجع إليه، وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطه.

ثم ذكر فى (المسالك) : إنه « إنْ أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان: أحدهما: أن يمتنع مخاصمته وتحليفه. . . والثانى: من لاـ يمتنع مخاصمته ولاـ تحليفه، كما إذا أضافه إلى شخص معين، فهو إما حاضر وإما غائب، فإن كان حاضراً روجع، فإن صدّق المدّعى انصرفت الخصومه إليه، وإن كذّبه ففيه أوجه. . . وإن أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومه أيضاً. . .» .

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٩٧.

وسيأتی التعرّض لكلّ ذلک. . .

ثم قال: « وحيث ينصرف الخصومه عنه وطلب المدعی إحلافه أنه لا يعلم أن العين له، ففی إجابته قولان مبنيان علی أنه لو أقرّ له بعـدما أقرّ لغيره هـل يغرم القيمه؟ فيه قولاـن مـذكوران فی محلّه. فـإن قلنا: نعم، وهو الأظهر، فله إحلافه، فلعلّه يقرّ فيغرمه القيمه. وإن قلنـا: لاـ وهو أحـد قولی الشيـخ، فـإن قلنـا: النكول وردّ اليمين كالإـقرار، لم يحلفه، لأـنه وإن أقرّ ونكل وحلف المـدعی لا يستفيد شيئاً، وإن قلنا كالبيّنه، فله التحليف، لأنه قد ينكل فيحلف المدّعی، فإذا حلف وكانت العين تالفه أخذ القيمه» (۱).

وأشـكل عليه فی (الجـواهر) بقوله: « وفيه - بعـد الإغمـاض عمّـا فی تقييـده بتلف العين - أن غـايه ذلـک كون اليمين المردوده كـالبينه علی إقراره مع علمه بكونه للمـدّعی، والفرض عـدم اقتضـاء ذلـک الغرم لو أقرّ به هو، وليس هو بينه علی كون المال له، ضروره كون الـدعوی علمه بالحـال فيه تكون كالبينه علی ذلک، ولا تزيـد علی الإقرار المفروض عـدم الغرم به كما هو واضـح. ولذا حكی عن الشيخ إطلاق عدم توجّه اليمين علی التقدير المزبور، فتأمل» (۲).

قلت: وجه التأمّـل هو احتمـال كون إطلاق الشيـخ من جهه أنه لا يری كون النكول وردّ اليمين كالإقرار بل كالبينه. وكيف كان، فعلی القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول وردّ اليمين بمنزله الإقرار والقول بكونهما بمنزله البينه.

ص:۶۷۹

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۷ - ۹۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۴۶.

حکم ما لو أنکر المقرّ له الملکیه للشی:

قال: المحقق قدّس سرّه: « ولو أنکر المقرّ له حفظها الحاکم، لأنها خرجت عن ملک المقرّ و لم تدخل فی ملک المقرّ له، ولو أقام المدّعی بینه قضی له» (۱).

أقول: وحاصل ذلک سقوط ید المدّعی علیه المقر مطلقاً، أی، فلا تکون أماره علی الملک ولا تکون کالید الأمانیه مثلاً، فکأنها ید عدوانیه فینتزعها الحاکم منه ویحفظها. وهذا أحد الوجوه الثلاثه التی ذکرها الشهید الثانی فی (المسالک) فی هذه المسأله.

والثانی: وهو المنقول عن (التحریر) : إنها تترک فی ید المدّعی علیه المقرّ، إذ لا منازع له إلی قیام حجه، لأنه أقر للثالث وبطل إقراره فکأنه لم یقر (۲).

قال فی (الجواهر) : وفیه: إن بطلانه بالنسبه إلی تملک المقرّ له، لا بالنسبه إلی نفیها عنه، کما هو واضح (۳).

والثالث: وهو المنقول عن (القواعد) (۴): إنها تسلّم إلی المدّعی، لخروجها عن ملک المقرّ له بإنکاره ولا منازع فیها للمدّعی.

قلت: وهذا هو الأقرب.

وأما قول صاحب (الجواهر) : « وهو بعید لکونها فی ید» . ففیه: إنه أیّ ید یرید، أما ید المقرّ فقد زالت بإقراره، وأما ید المقرّ له، فمنتفیه بإنکاره، وأما ید

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.
۲- ۲) تحریر الأحکام ۵: ۱۶۱/۶۴۹۱. وعنه کشف اللثام ۱۰: ۲۴۲.
۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۴۴۷.
۴- ۴) قواعد الأحکام ۳: ۴۸۶.

الحاكم فهى لأجل حفظها حتى يظهر صاحبها وقد ظهر، فيدفعها إلى المدّعى ولا حاجه إلى البينه ولا اليمين، كما فى (القواعد) .

ولو رجع المقرّ له عن إنكاره وصدّق المقر فى كون الشى له، فعن (التذكره) أن له الأخذ، عملًا بإقرار المقر السالم عن إنكاره، لزوال حكمه بالتصديق الطارى، فتعارضا وبقى الإقرار سالماً عن المعارض (١).

لكن فى (الجواهر) منع زوال حكم الإنكار بالتصديق، فلا أثر للتصديق الطارى، وحينئذ، يحكم بأحد الوجوه الثلاثه المذكوره، وقد عرفت المختار منها، قال: ومن هنا لو رجع ذو اليد فقال: غلطت بل هو لى، لم يقبل منه.

لو كان المقرّ له غائباً

هذا كلّه، فيما إذا كان المقرّ له حاضراً. قال فى (الجواهر) ثم الحكم فى المقرّ له الغائب كالحكم فى الحاضر، بالنسبه إلى تصديقه وتكذيبه، وللمدّعى إقامه البينه وأخذه قبل معرفه حاله، ولكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاه شروطه السابقه، كما له أيضاً إحلافه على عدم العلم، نحو ما سمعته فى الحاضر (٢)، أى بناء على أن للمدّعى حق التحليف عليه، كما عليه المشهور وأحد قولى الشيخ.

فإن نكل عن اليمين على نفى العلم، فإن لم يقرّ ولم يردّ اليمين أُحلف المدّعى، فإن حلف فهل ينتزع العين ويغرم؟ قال فى (القواعد) : الأقرب الثانى (٣).

فيكون نظير ما إذا أقرّ بكون العين لزيد ودفعت إليه ثم أقرّ بكونها لعمرو

ص:۶۸۱

١- ١) تذكره الفقهاء ٢: ١۴٩ (حجرى) .
٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ۴۴٧.
٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ۴٨۶.

فيغرم له بـدل الحيلوله، ولاـ يبعـد أن يكون الحكم كـذلك إن أثبت المـدّعى الحق بالبينه، ولو استرجع العين من الغائب ودفعها إلى المدّعى وجب عليه - أى على المدّعى - ردّ المال الذى أخذه بدل الحيلوله.

وحيث يـدّعى كونهـا لغائب، فإن ادّعى استيجاره العين منه مثلاً، فالحكم قبول قوله، نظير قول ذى اليـد، فإن أثبت المـدّعى كون المال ملكه، فقد ظهر بطلان الإجاره، وإن لم يتمكن من ذلك اُحلف المدّعى عليه على الإجاره واُبقيت العين بيده.

ولو أقام البينه على الإجاره، فبناء على سماعها منه، هل تقدّم بيّنته على بينه المدعى باعتضادها باليد أولا؟

فى القواعد: إشكال (۱).

قلت: لا إشكال فى أن بينه المـدّعى من بينه الخارج، فيحتمل أن تكون بينه الآخر من بينه الخارج أيضاً، لكونه مقرّاً بعـدم كونها له، فيتساقطـان، ويحتمـل أن يكون نفسه ذا يـد لكونهـا بيـده الآـن فتكون من بينه الـداخل، فعلى القول بتقـدم بينه الخارج فالأمر واضح، وعلى القول بتقدم بينه ذى اليد - لحجيتها وتأيدها باليد - قدّمت، وهذا وجه توقف العلامه.

لكن فى (الجواهر) : الأقرب أنهما معا خارجان (۲).

قلت: لكن جعل بينه من له الانتفاع بما فى يده من بينه الخارج، بعيد جدّاً.

وإن لم يكن مدّعياً للإجاره مثلاً، فهل له إقامه البينه كذلك أو لا، لكونه

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۸۸.

أجنبيـاً؟ قـال العلاـمه: يمكن أن يكون طرفاً للخصومه بـدعوى المـدعى عليه العلم بكونها له، فيحلّفه على نفى العلم، فله أن يقيم البينه حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين، وإن كانت البينه تشهد بكون ملك العين للمقرّ له. . .

واختـار فى (الجواهر) عـدم الجواز، فـإنه إذا ثبت بـالبينه كون العين للمقرّ له، فلاـ مجـال لليمين على نفى العلم، وأيضاً: لما كان ملك المقرّ له ثابتاً بالبينه، فلا أثر للإقرار فى إثباته حتى يدّعى عليه المدعى الإتلاف بالإقرار.

قلت: لكن الصـحيح مـا ذهب إليه العلاـمه، لأنه - بناء على حجيه بينه الـداخل - إن لم يكن عنـده بينه كان عليه اليمين على نفى العلم، وإن كـان له بينه جـاز له إقامتهـا على إثبـات ملـك المقرّ له لتؤثر فى سـقوط اليمين عنه، اللهم إلاـ أن لاـ يكون هـذا الأثر مجوّزاً له لإقامه البينه على ملك المقرّ له، إذ لا معنى لأن يقيم أحد بينه على ملك غيره.

نعم، يبقى الإشـكال فى أنه لا ملازمه بين ثبوت ملك الآخر وعـدم علم المقر، بل يجوز للمـدّعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينه وإعطاء العين للمقرّ له، فيحلفه على نفى العلم، ويكون أثره أنه إذا امتنع عن اليمين غرم.

لو كان المقرّ له ممن يمتنع مخاصمته

ولو أقرّ المـدّعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصـمته وتحليفه، كمـا إذا قـال هى وقف على مسـجد كـذا، أو هى ملـك لطفل صغير، فهل يكون طرف الخصومه ولى الصغير أو متولّى الموقوفه؟

إن كـان للمـدّعى بينه أقامها وحكم له، وإلا فلا يحلف الولى والمتولّى، إذ لا أثر ليمينهما، إذن، لا يغنى فى هـذا الفرع إلا البيّنه، وأما اليمين على نفى العلم، فالحكم

كما تقدم، فإن حلف فهو وإلا غرم، وكيف كان، فإن الخصومه تندفع عن المدّعى عليه.

وفى (المسالك) : « وإذا قضى له الحاكم بالبينه وكان الإقرار لطفل، كتب الحاكم صوره الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ» (١).

لكن فى (الجواهر) : « قلت قد يقال: بعدم الحجه له، لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل. فتأمل» (٢).

قلت: وجه التأمل: إن الوكيل عمله عمل الموّكل، أى إن الموكّل يقيمه مقامه وينزّل عمله منزله عمل نفسه، فإذا قضى على وكيله قبل، وليس عمل الولى عمل الصغير، بل قيام الولى بالامور المتعلقه بالصغير حكم إلَهى، كما جعل الولايه للحاكم بالنسبه إلى الغائب، حيث يحكم عليه بعد تماميه مقدماته، ويكون الغائب على حجته إذا حضر، فالصغير مثله، فهو على حجته إذا بلغ.

هنا كلّه إذا أقرّ بالعين لمعيّن بمختلف صوره.

لو كان المقرّ له مجهولاً

قال المحقق: « أما لو أقرّ المدّعى عليه بها لمجهول، لم تندفع الخصومه وأُلزم البيان» (٣).

أقول: لو أقرّ بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقرّ من باب الولايه، فإن كان للمدّعى بينه أعطاها إياه، وإلا بقيت فى يد الحاكم، وهل يلزم البيان؟ قال به

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٩٧.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴٠: ۴٣۵.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴: ١١٢.

المحقق، وفی (الجواهر) : لا، لأنه ینافی الإقرار الأول، قلت: إلا إذا عیّن المقرّ له فی المره الثانیه، مـدّعیاً النسـیان فی المره الاولی (۱).

ولو قال المـدعی للعین: هی وقف علیّ وأقرّ بها من هی فی یده لآخر وصدّقه الآخر، فقد عرفت انصـراف الخصومه عمّن هی فی یـده إلی المقرّ له، لکن هل للمدّعی إحلاف من کانت بیده علی نفی العلم؟ فی (المسالک) وجهان. « من حیث أن المدّعی قد اعترف بالوقف والوقف لا یعتاض عنه، ومن أنه مضمون بالقیمه عند الإتلاف، والحیلوله فی الحال کالإتلاف، وهذا أقوی» (۲).

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۴۸.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۹۹.

المسأله الرابعه: (لو وقع الإختلاف فی العقد الواقع)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ادّعی أنه آجره الدابه، وادّعی آخر أنه أودعه إیاها، تحقق التعارض مع قیام البینتین بالدعویین، وعمل بالقرعه مع تساوی البینتین فی عدم الترجیح» (۱).

أقول: إنه وإن کان النزاع بین الرجلین حول العقد فی الظاهر، فیدّعی هذا بأنه قد آجره الدابه، ویدّعی ذاک بأنه أودعه مثلاً إیاها، لکن النزاع فی الحقیقه هو فی الملک، للثمره الواضح ترتّبها من هذه الناحیه علی دعوی کلّ واحد منهما، وبالنظر إلی ذلک ذکر المحقق قدّس سرّه هذه المسأله فی مسائل الإختلاف فی الأملاک (۲).

وما ذکره المحقق قدّس سرّه هو أحد الصور الأربع المتصوره فی هذه المسأله.

والصوره الثانیه: أن تکون العین بید شخص وهو یقرّ بأنها لیست ملکاً له، غیر أنه ینازع المالک فیقول قد آجرنی إیّاها، ویقول المالک: قد أودعته إیّاها، أو یدعی المالک الإجاره وذو الید العاریه. . . فإن کانت مستأجره ملک الشخص منفعتها فی المدّه المعیّنه دون ما إذا کانت ودیعه، لکن یترتب علی کونها مستأجره

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

۲- ۲) فیه إشاره الی جواب اعتراض صاحب المسالک قدّس سرّه.

لزوم دفع بدل الإيجار إلى المالك. . . وهذه الصوره من الإختلاف فی العقود وإن كان لهذا النزاع ثمره ماليّه.

والصوره الثالثه: أن يتنازع اثنان حول عين يقرّان بكونها لثالث، فيقول أحدهما: قد آجرنی إيّاها ويقول الآخر: قد استودعنی إيّاها.

والصوره الرابعه: أن يتنازعا، فيقول أحدهما: إنها لزيد وقد آجرنی إيّاها، ويقول الآخر: إنها لعمرو قد استودعنی إيّاها.

فالحكم فی الصوره الأولى التی ذكرها المحقق قدّس سرّه هو ما ذكره من أنه إن كان لأحدهما بيّنه حكم له، وإن أقاماها معاً، فإن ترجّحت احداهما على الاخرى بسبب من أسباب الترجيح - على ما تقدّم من الكلام عليها - حكم لها وإلا فالقرعه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ، وإن نكل حلف الآخر، فإن نكلا فالحكم هر التنصيف للعين إن كانت قابله له، وإلا فهما شريكان فيها على النصف.

وفی الصوره الثانيه يتحقق التداعی بين المالك والمتصرّف، فإن كان لأحدهما بيّنه حكم له، وإن كانت لكليهما، فإن ترجّحت إحداهما على الأخرى فهو وإلا تعارضتا وتساقطتا، وحينئذ تقسم منفعه العين بينهما نصفين، ويقسّم مال الإجاره بينهما كذلك.

وربما يجعل المالك فی هذه الصوره ذا اليد وبينه المتصرف خارجاً، فيبتنی الأمر على حجّيه بيّنه الداخل، فعلى القول بها تقدّم بينه ذی اليد - المالك - وعلى القول الآخر تقدم بينه المتصرف، فلا تكون الصوره من قبيل التداعی حتى ينتهی الأمر إلى القرعه، وقد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الآن، ويبتنی الأمر على تقديم بينه الداخل والخارج كذلك.

وهكذا يكون طريق فصل الخصومه فی الصورتين الباقيتين، لأنهما من مصاديق التداعی كذلك.

ص:۶۸۷

المسأله الخامسه: (لو كان شیء فی ید إنسان وادّعی أحد كونه له سابقاً وأقام بیّنه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعی داراً فی ید إنسان وأقام بینه أنها كانت فی یده أمس أو منذ شهر، قیل: لا تسمع هذه البینه. وكذا لو شهدت له بالملک أمس. لأن ظاهر الید الآن الملک، فلا تدفع بالمحتمل.

وفیه إشكال، ولعل الأقرب القبول» (۱).

أقول: لو ادّعی داراً - مثلاً - فی ید إنسان وأقام المدّعی بینه أنها كانت فی یده أمس أو منذ شهر، أو كانت فی ملكه أمس مثلاً، فهل تسمع البینه؟ قولان، وقد استدل للعدم بوجهین:

الأول: إن الید أماره علی الملكیه الفعلیه لصاحبها، وبینه المدّعی تشهد بالید والملک السابقین، ولا ریب فی تقدّم الأماره الفعلیه علی الأماره القائمه علی الملكیه السابقه. وبعباره أخری: الید الفعلیه المشاهده بالعیان - حیث نری العین فی هذه الید - ظاهره فی الملكیه الفعلیه لصاحبها، ومقتضی الید السابقه هو احتمال الفعلیه لصاحبها، ولا یدفع الظهور المذكور بالمحتمل.

وأُجیب: بأن الید الفعلیه وإن كانت دلیل الملک الفعلی، لكن الید السابقه المستصحبه والملک السابق المستصحب أولی، لمشاركه تلک الید لهذه فی الدلاله

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۲.

على الملكيه الفعليه، وانفرادهما بالزمن السابق بلا معارض، فيكونان أرجح من هذه اليد، إلا أن تقوم الحجه الشرعيه على انتقال العين إليه بطريق شرعى، نظير ما إذا أقرّ بكون الشى الذى بيده ملكاً لزيد أمس وادّعى كونه له اليوم، فإنه يجب عليه إقامه الحجّه الشرعيه على انتقاله إليه من زيد بطريق شرعى صحيح، وكذا لو أقرّ بكونه مديناً لزيد بكذا من المال ثم ادّعى أداء الدين مثلاً، كان عليه إقامه الحجّه على الأداء.

وفى المقام يكون حكم بينه المدّعى حكم إقرار المدّعى عليه، فيجب على ذى اليد المدّعى عليه إثبات شرعيه يده على العين، وإلا تقدّمت بينه المدّعى - بضميمه الإستصحاب - على يده، فليس المورد من مقابله المحتمل للمقطوع حتى يقال بأنه لا يدفع المقطوع بالمحتمل.

والثانى: إنه إن كان مدّعاه هو الملكيه أو اليد بالأمس فلا تسمع، وإن كان الملكيّه أو اليد اليوم، فإن شهاده بينته غير مطابقه لدعواه، لأنها تشهد باليد والملك أمس، والبينه غير المطابقه للمدّعى غير مسموعه.

وأُجيب: بأن الحكم باستصحاب اليد والملك السابقين إلى اليوم، يوجب المطابقه بين الدعوى والشهاده، فإن هذه الشهاده - بضميمه عدم العلم بالناقل الشرعى - شهاده بالملكيه الفعليّه وهى مسموعه.

وبالجمله: إن كانت الشهاده بملكيه أمس شهاده بملكيه اليوم فهو، وإلا، فإن الإستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهاده، وحينئذ، يقع البحث فى تقدّم هذا الإستصحاب على اليد أو معارضته لها، لأنه أصل وهى أماره.

وقد يخدش فى اليقين السابق فيختلّ الإستصحاب، بأن يقال - كما عن

(کشف اللثام) (۱). بأن البينه ليست کاشفه عن الواقع کالإقرار، فليس مفادها هنا الملکيه الواقعيه حتى تستصحب إلى اليوم.

لکنه کما ترى، لأن البينه حجه شرعيه، إذا أُقيمت بشرائطها اُلغى احتمال الخلاف وأفادت ما يفيد اليقين، فالحاله السابقه للإستصحاب متحققه، کما لا يلتفت إلى احتمال عدم کون اليد السابقه يد ملک لو شهدت البينه بکون العين بيد المدّعى أمس.

فظهر أن محطّ الکلام هو الخلاف فى تقدّم الإستصحاب على اليد وعدمه، والمختار هو الأول، وبيان ذلک: إنه وإن کانت اليد مقدّمه على الإستصحاب فى موارد کثيره، ولکن لا يوجد عندنا إطلاق يقتضى تقدّمها عليه على کلّ حال، بل إن اليد الفعليه المسبوقه بالاخرى المستصحبه - أو المسبوقه بالملک المستصحب - يد ضعيفه عند العقلاء، لا تصلح لمقاومه هذا الإستصحاب فضلاً عن التقدّم عليه، ولذا يفرّق العقلاء بين الدّعوى على ذى اليد وبين الدّعوى على يد مسبوقه بيد اخرى، ففى الصوره الثانيه يسقطون اليد عن الإعتبار، ولا أقل من أنهم يطالبون صاحبها بإقامه الحجه على انتقال العين إليه بطريق شرعى صحيح.

وبتقريب آخر: إن اللّازم الشرعى للملکيه السابقه التى أثبتها البينه: بقاء تلک الملکيه حتى يعلم المزيل الشرعى له والناقل الشرعى للعين، فإذا شهدت البينه بملکيه أمس، کان لازمها الملکيه الفعليه لولا الإنتقال، وقد عرفت أن

۱- ۱) انظر کشف اللثام فى شرح قواعد الأحکام ۱۰: ۲۶۱.

الإستصحاب ينفی الناقل، فتكون بينه المدّعی مسموعه ومتقدّمه علی يد المتصرف.

هذا، وفی (المستند) : « لو تعارضت اليد الحاليّه مع الملكيه السابقه أو اليد السابقه، ففی تقدّم الحاليّه أو السابقه قولان، كلّ منهما عن الشيخ فی كلّ من المبسوط والخلاف، وتبعه علی الأول جماعه ولعلّهم الأكثرون، ومنهم من المتأخرين: الكفايه والمفاتيح وشرحه وبعض فضلائنا المعاصرين. وعلی الثانی الشرائع، ويظهر من الإرشاد الميل إليه. ويظهر من التحرير وجه ثالث وهو التساوی» .

ثم أورد أدلّه الأقوال، ثم قال:

« والتحقيق: إن اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيّه، فلا يبقی لشی منهما حكم، ولكن أصل اليد لا يعارضه شیء، وهو باق بالمشاهده والعيان، والأصل عدم التسلّط علی انتزاع العين من يده ولا علی منعه من التصرفات التی كان له فيها حتی بيعها وإجارتها، إذ غايه الأمر عدم دليل لنا علی ملكيته، ولكن لا دليل علی عدم ملكيته أيضاً، وأصاله عدم الملكيه بالنسبه إليه وإلی غيره سواءمع ثبوت أصل الملكيه، فلا يجری فيه ذلك الأصل أيضاً، مضافاً إلی إمكان حصول هذه التصرّفات كلًا أو بعضاً بالتوكيل والإجاره والولايه والإذن وغيرها، فيبقی أصاله عدم التسلّط وأصاله جواز تصرفاته خاليه عن المعارض، وإلی هذا يشير كلام من قال: إن احتمال كون اليد الثانيه بالعاريه أو غيرها لا يلتفت إليه مع بقاء اليد علی حالها، فإن المقصود الأصلی من إعمال اليد هو إبقاء تسلّطها علی ما فيها، وعدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العاريه أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم علی ملك الملاك، وليس هذا معنی الحكم بأنه ملك» إنتهی كلامه رفع مقامه (1).

۱- ۱) مستند الشيعه ۱۷: ۴۱۳ وما بعدها.

فإن قيل: كما أن الملكيه أو اليد السابقه يقتضى استصحاب الملكيه، كذلك يقتضى استصحاب تسلّط المالك الأول والحاكم على منع ذى اليد عن التصرفات أيضاً. وبه يندفع أصاله عدم التسلّط.

قلنا: ليس تسلط الأول كالملكيّه التى إذا حدثت يحكم لها بالإستمرار حتى يثبت المزيل، بل هو مما يمكن تقييده بقيد، والمعلوم من التسلّط الأوّلى هو تسلّطه مادام يحكم له بالملكيه ويعلم له الملكيه، فالمعلوم ثبوته أوّلاً ليس إلا ذلك المقيّد، فبعد انتفاء الحكم بالملكيه والعلم بها، ينتفى القيد ويتغيّر الموضوع.

ثم إنه كما أن نفس اليد المشاهده الحاليّه ومقتضياتها – سوى الملكيه – لا معارض لها، فكذلك أيضاً كون البينه على غير ذى اليد وكون من يدّعيه مطالباً بالبينه وذى اليد باليمين، إذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدّعى عرفاً ولا صاحبها عن المنكر كذلك، فيدلّ على كون وظيفه الأول البينه والثانى اليمين قولهم: « البينه على المدّعى واليمين على من أنكر» ، ورواية فدك المتقدمه.

فيكون البينه على المالك السابق واليمين على ذى اليد، ولا يمنع ذو اليد من شىء من التصرّفات، وليس المطلوب من ترجيح اليد الحاليه غير ذلك أيضاً.

مع أنه يمكن جعل هذين الأمرين دليلاً برأسه على الملكيه أيضاً بالإجماع المركب، ويسقط به الاستصحاب بالمرّه، لعدم صلاحيّته لمعارضه الدليل مطلقاً» .

وقد أورد السيد فى (العروه) محصّل هذا الكلام واعترض عليه بوجوه:

الأوّل: إنه فى بيان المعارضه عبّر بقوله: إن اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه.

مع أن المعارضه بين نفس اليد والإستصحاب، لكن من حيث حكمهما، لا بين حكم اليد ونفس الإستصحاب، فلا وجه للتعبير المذكور.

والثانی: إنه إذا سقط حکم الید فتکون کالعدم وحال ذیها وغیره سواء، فلو أراد المدّعی أن یتصرف فیها لا یجوز لذی الید منعه، لأن الأصل عدم تسلّطه علی ذلک.

قلت: فیکون الحاصل أنه لیس لکلّ منهما منع الآخر من التصرّف، فتکون العین کالمباحات التی من سبق إلی شیء منها کان له، نعم، لیس لثالث أخذها، ولهما منعه من ذلک.

والثالث: بعد عدم الحکم للید وعدم کونها دلیلاً علی الملکیه، کیف یجوز للغیر أن یشتری منه أو یستأجر أو یقبل منه ونحو ذلک من التصرّفات الموقوفه علی الملک، مع أنه لیس وکیلاً ولا ولیّاً ولا مأذوناً من قبل المالک؟ لأن المفروض أنه یدّعی الملکیه لا الوکاله أو الولایه أو نحوهما، فلا ینفع جواز هذه التصرّفات من هذه الأشخاص فی جوازها له ولمن یشتری منه مثلاً.

والرابع: ما ذکره من أن تسلّط المالک السابق علی منع الغیر مقیّد ببقاء الید، ممنوع، بل هو کالملکیه فی عدم التقید باستمرار الید.

والخامس: لا نسلّم صدق المنکر علیه بعد سقوط حکم یده (۱). . .

قلت: لیس الشرط فی صدق « المدّعی» عدم المعارض عند العرف، فالمدّعی عندهم من لو ترک ترک، وهذا صادق علی صاحب البیّنه هنا، و « المنکر» صادق علی ذی الید.

وقال العلّامه فی (القواعد) فی هذه المسأله: « ولو شهد أنه کان فی ید المدّعی بالأمس قبل، وجعل المدّعی صاحب ید. وقیل: لا یقبل، لأن ظاهر الید الآن

۱- ۱) العروه الوثقی: ۳: ۱۴۶ - ۱۴۷.

الملک فلا یدفع بالمحتمل» (۱).

أی: إن الید لها ظهور فی الملک الفعلی، لکن لا کلّ ید بل الید غیر المسبوقه بالعدوانیه مثلًا، وذلک، لأن حجیه الید - کما ذکرنا - مستنده إلی بناء العقلاء مع إمضاء الشارع، وتشهد بذلک روایه حفص بن غیاث (۲)، والعقلاء لا یعاملون الید التی هذه حالها معامله المالک الفعلی، بل یقدّمون استصحاب الحاله السابقه ویحکّمونها علی هذه الید إلی أن یثبت الناقل الشرعی.

فتلک عباره (القواعد) فی المسأله، وقد قال سابقاً: « ولو شهدت البینه بأن الملک له بالأمس ولم تتعرض للحال، لم تسمع، إلّاأن تقول: وهو ملکه فی الحال أو لا نعلم له مزیلًا، ولو قال: أعتقد أنه ملکه بالإستصحاب ففی قبوله إشکال، أما لو شهد بأنه أقرّ له بالأمس ثبت الإقرار واستصحب موجبه، وإن لم یتعرّض الشاهد للملک الحالی. ولو قال المدّعی علیه: کان ملکک بالأمس انتزع من یده فیستصحب، بخلاف الشاهد فإنه عن تخمین، وکذا یسمع من الشاهد لو قال: هو ملکه بالأمس اشتراه من المدّعی علیه، أو أقرّ له المدّعی علیه بالأمس، لأنه استند إلی تحقیق» (۳).

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۰.
۲- ۲) عن أبی عبد اللّه علیه السلام « قال له رجل: إذا رأیت شیئاً فی یدی رجل یجوز لی أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال: الرجل: أشهد أنه فی یده ولا أشهد أنه له فلعلّه لغیره. فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: أفیحلّ الشراء منه؟ قال نعم، فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: فلعلّه لغیره، فمن أین جاز لک أن تشتریه ویصیر ملکاً لک ثم تقول بعد الملک: هو لی وتحلف علیه ولا یجوز أن تنسبه إلی من صار ملکه من قبله إلیک؟ ثم قال أبو عبد اللّه علیه السلام، لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۲/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲۵.
۳- ۳) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۰.

قلت: الفرق المذكور بين البينه والإقرار لا ريب فيه، ولكن لا أثر له بالنسبه إلى الملكيه الفعليه، فإنه لابدّ من إجراء الإستصحاب لإثباتها، سواء كان اليقين السابق حاصلاً بالبينه التى هى عن تخمين أو بالإقرار الذى هو عن تحقيق، وإذا جرى الإستصحاب لتماميّه أركانه تقدّم على اليد من دون فرق بين البينه والإقرار.

وكذا الأمر لو علم الحاكم بكونها للمدّعى بالأمس، فاليقين السابق متحقق، فله إجراء الإستصحاب، وأخذ العين من المدّعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى.

ولعلّ السرّ فى اختلاف كلمات الأصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى، لما تقدّم من أن مبنى حجيّه اليد هو السيره العقلائيه وبناء أهل العرف، والحق: إن كاشفيه اليد فى هذه الحاله التى قام الاستصحاب فى مقابلها ضعيفه عرفاً، والإستصحاب هو المحكّم، فدعوى المدّعى مسموعه.

وفى (المسالک) بعد أن ذكر القولين ومختار المحقق منهما ودليله قال:

« وقد تقدم البحث فيه، والفرق بين هذه والسابقه الموجب لإعاده البحث أن المعارضه فى هذه بين اليد المتحققه والسابقه الثابته بالبينه والملک السابق كذلک، والسابقه وقع فيها التعارض بين البينتين الدالّه احداهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره، والاخرى على الملک السابق، فلا تعرّض فيها للمعارضه بين اليد السابقه والحاليه، وقد تأكّد - من إطلاقه الحكم هنا وفى السابقه تقديم الملک القديم بغير تقييد بكونه إلى الآن أو عدم المزيل - أن إضافه ذلک غير شرط، والأصح اشتراط إضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدّد عنده علم الانتقال، لما بيّناه من عدم المنافاه بين علمه بالملک وشهادته به مع انتقاله عن المالک الآن» (۱).

ص:۶۹۵

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۰۱ - ۱۰۲.

قلت: ليس ما ذكره وجه الفرق بين المسألتين، فهناك يتعرض كلتا البينتين للملكيه الفعليه ويتعارضان فيتساقطان، ويكون استصحاب الملكيه السابقه جارياً بلا معارض، وهنا اليد معارضه مع الإستصحاب. فحاصل الفرق عدم المعارض للإستصحاب فى تلك المسأله، وتحقق التعارض بين اليد والإستصحاب فى هذه.

وأما الإقرار، فلو أقرّ ذو اليد بكون العين للمدّعى بالأمس، فإنه يطالب بإثبات شرعيّه يده الفعليه عليها، وأما إذا اُخذت العين منه بإقراره ودفعت إلى المدّعى، ثم وجدت فى اليوم التالى – مثلاً – بيده، فلا يؤخذ بإقراره السابق، نعم، لو شك فى صحه يده الآن استصحب عدم الناقل الشرعى.

قال المحقق قدّس سرّه: « أما لو شهدت بيّنه المدّعى أن صاحب اليد غصب أو استأجره، حكم بها، لأنها شهدت بالملك وسبب يد الثانى» (۱).

أقول: لو شهد الشاهدان على أن ذا اليد قد غصب العين بالأمس من زيد، فإنه مع الشك فى تبدّل يده اليوم إلى يد شرعيّه، يستصحب كونها عدوانيه، فتسقط يده الفعليه عن الإعتبار، لأن اليد التى لم يثبت شرعيتها ليست أماره للملكيه.

قال: « ولو قال: غصبنى إيّاها، وقال آخر: بل أقرّ لى بها، وأقاما البينه، قضى للمغصوب منه ولم يضمن المقرّ، لأن الحيلوله لم تحصل بإقراره بل بالبينه» (۲)التى أقامها الآخر وإن كانت بزعم هذا ظالمه، والحكم فى هذه المسأله واضح، ولا خلاف فيه على ما فى (الجواهر) (۳).

ص:۶۹۶

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴:۱۱۲.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴:۱۱۳.
۳- ۳) جواهر الكلام ۵۰: ۴۵۶.

ص:۶۹۷

الكلام فى: الإختلاف فى العقود

مقدمه:

تـاره: يكون الإختلاف فى الاجره، وذلك يكون تاره فى أصل الاجره، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار بمأه دينار، فيقول المستأجر: بل بمأه درهم، وأُخرى فى قدرها كأن يقول الموجر: آجرتك بمأه دينار فيقول المستأجر: بل بخمسين، وعلى التقديرين: فإما أن يعدما البينه أو يجداها أو يجدها أحدهما خاصه، فهذه ست صور، وعلى جميع التقادير، فالإختلاف إما أن يكون بعد استيفاء المستأجر المدّه أو فى أثنائها أو ابتدائها، فتكون الصور حينئذ ثمان عشره صوره.

واخرى: يكون الإختلاف فى العين المستأجره، وهو يكون تاره فى ذات العين كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار، فيقول المستأجر: بل تلك الدار، واخرى يكون فى العين من حيث الزياده والنقيصه، كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار إلا هذا البيت منها، فيقول المستأجر: بل الدار كلّها، وتنتهى الصّور حينئذ إلى العدد المذكور فى الاختلاف فى الاجره.

وثالثه: يكون الإختلاف فى المدّه، وهو تاره فى زمانها زياده ونقيصه، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار شهراً، فيقول المستأجر: بل أربعين يوماً، واخرى فى ابتدائها، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار من أوّل شهر شعبان، فيقول المستأجر بل من أوّل شهر رمضان. وتنتهى الصّور هنا أيضاً إلى العدد المذكور. . . إذا عرفت هذا فنقول:

ص:۶۹۹

حكم الإختلاف فى الاجره ولا بينه

إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهراً معيناً واختلفا فى مقدار الاجره وقد عدما البينه، فالمشهور على أن القول قول المستأجر بيمينه، سواء كان الإختلاف بعد الاستيفاء أو فى أثنائه أو فى ابتدائه، بل عن (التذكره) (۱)نسبه هذا القول إلى علمائنا.

وعن الشيخ فى (المبسوط) (۲)القول بالتحالف، وقد تبعه عليه بعض المتأخرين كما فى (الجواهر) و (المسالك) (۳).

ووجه ما ذهب إليه المشهور هو: أن المستأجر منكر للزائد الذى يدّعيه عليه الموجر، مع اتفاقهما على ثبوت ما يدّعى المستأجر، وإذ تحقق عنوان المدّعى على الموجر، والمنكر على المستأجر، دخلا فى عموم الخبر (۴)، فإن حلف المستأجر كان القول قوله وسقطت دعوى الموجر، وإن نكل حكم للموجر، على قول، وردّت اليمين على الموجر، فإن حلف أخذ وإن نكل كذلك سقطت الدعوى، على قول آخر.

ووجه ما ذهب إليه الشيخ فى (المبسوط) هو: إن المورد ليس من مصاديق المدّعى والمنكر، بل إن كلّاً منهما مدّعٍ ومدّعى عليه، لأن ذاك يدّعى وقوع العقد

۱- ۱) تذكره الفقهاء ۲: ۲۹۲ (حجرى) .

۲- ۲) المبسوط فى فقه الإماميّه ۳: ۲۶۵ - ۲۶۶.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۴۵۷. مسالك الأفهام ۱۴: ۱۰۴. كفايه الاحكام ۲: ۷۳۴. الدروس الشرعيه ۲: ۱۰۷.

۴- ۴) يعنى قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: البيّنه على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه.

على المأه وينكر وقوعه على الخمسين، وهذا يدّعى وقوعه على الخمسين وينكر وقوعه على المأه، والعقد المتشخص بالمأه غير العقد المتشخص بالخمسين، فقول كليهما موافق للأصل، فتجب اليمين على كليهما، فإذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد، ورجع الموجر بأجره المثل (١)للمنفعه المستوفاه كلّاً - إن كان الإختلاف بعد استيفاء المدّه - أو بعضاً إن كان فى أثنائها، وإلا، كما إذا كان فى ابتدائها، فلا شىء للموجر، وقيل: بل يحكم بتنصيف الزياده، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر ثبتت دعواه وسقطت دعوى الآخر.

وكيف كان، فإن مختار الشيخ فى (المبسوط) هو التحالف، وقد ضعّفه فى (المسالك) : « بأن العقد لا نزاع بينهما فيه ولا فى استحقاق العين الموجره للمستأجر، ولا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر، وإنما النزاع فى القدر الزائد، فيرجع فيه إلى عموم الخبر.

ولو كان ما ذكروه من التوجيه موجباً للتحالف لورد فى كلّ نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشره فقال: لا بل خمسه، فإن عقد القرض المتضمّن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر، وكما لو قال: أبرأتنى من عشره من جمله الدين الذى على، فقال: بل من خمسه، فإن الصيغه المشتمله على إسقاط احدهما غير الاخرى، وهكذا القول فى غيره. وهذا مما لا يقول به أحد.

والحق: إن التحالف إنما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر ويختلفان فى الزائد عنه، كما لو قال الموجر: آجرتك الدار شهراً بدينار، فقال: بل بثوب، أو قال:

١- ١) معنى الرجوع إلى اجره المثل أنه إذا كانت أُجره المثل أكثر مما يدعيه الموجر كان على المستأجر دفعه مع إقرار الموجر بالأقل، وإذا كان أقل مما يدعيه المستأجر لم يجب عليه دفع المقدار الذى يقوله مع أنه يقرّ بأكثر مما جعل اجره المثل، والإلتزام بذلك مشكل.

آجرتک هـذه الـدار بعشـره، فقال: بل تلک الـدار، ونحو ذلک، أما فی المتنازع، فالقول المشـهور من تقـدیم قول المسـتأجر هو الأصح» (١).

قلت: ومثـل الإـبراء هو الأداء، فلو اختلفا فی المقـدار الـذی أدّاه المـدین إلی الـدائن زیاده ونقیصه، کان النزاع فی القـدر الزائـد، فیرجع فیه إلی عموم الخبر کـذلک، فملاـک الـدخول تحت عموم الخبر المشـار إلیه هو أن یکون بین المتخاصـمین اتّفـاق علی قدر ثم یختلفان فی الزائد عن ذلک المقدار، وأما إذا لم یکون اتفاق منهما علی قدر فهناک التحالف.

لکن المتّجه عنـد صـاحب (الجواهر) هو النظر إلی مصبّ الـدّعوی، فإن کان النزاع فی تشـخص العقـد الـذی هو سـبب اشـتغال الذمه، فهناک التحالف، إذ لا فرق فی مشـخصات العقد بین زیاده الثمن ونقصانه وبین غیر هذین الأمرین من المشـخصات، وإن کان النزاع بینهما فی طلب الزائد من أحدهما وإنکاره من الآخر، کان من قبیل المدّعی والمنکر.

وبعباره أخری: تاره: یکون الإختلاف فی کیفیه وقوع العقد الموجب لاشـتغال الذمه، واخری: یکون فی المقدار الذی اشتغلت به الذمه، ففی الأوّل - کما لو قال الموجر قد وقع العقد علی المأه، وقال المستأجر علی الخمسین - التحالف، وفی الثانی کما لو قال الموجر: آجرتک الدار بمأه، فقال المستأجر بل بخمسین - یکون الموجر مدّعیاً والمستأجر منکراً.

ثـم إنـه فرق بیـن النزاع فی مـال الإجـاره والنزاع فی القرض والإـبراء ونحوهمـا، ففی القرض مثلاًـ: إن أقرض المـأه فقـد أقرض الخمسین التی فی ضمن المأه، لأن

١- ١) مسالک الأفهام ١۴: ١٠۴ - ١٠۵.

قوله: أقرضتك المأه ينحلّ إلى الدنانير بعددها، بخلاف الإجاره فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضه بدلاً للإيجار، نعم، ينحلّ بنحو آخر، فيكون معنى آجرتك الدار بمأه: آجرتك نصف الدار بخمسين وربعها بخمسه وعشرين ديناراً. . . وهكذا. . . كما أن التحالف يتصوّر فى القرض لو اختلفا فى كيفيه وقوع صيغته، كما إذا قال أحدهما: وقع العقد على المأه، وقال الآخر على الخمسين، لكن نتيجه الاختلاف هو الاختلاف فى المقدار.

فإن كان مورد النظر فى الدعوى هو العقد، فالتداعى والتحالف، وإن كان مورد النظر هو المقدار الذى اشتغلت به الذمه، فالمدّعى والمنكر، وبذلك يمكن عود النزاع لفظيّاً كما اعترف به صاحب (الجواهر) .

قلت: والأولى أن نجعل العرف هو المرجع فى تشخيص الدّعوى، والظاهر كما ذكر فى (الجواهر) فى مسأله الاختلاف فى قدر الثمن - بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك - إن نظر العرف فى مورد الاختلاف من حيث الزياده والنقيصه، سواء فى مال الإجاره أو العين المستأجره، إلى الأثر المالى المترتّب على النزاع، فهم يجعلون من يريد أخذ شىء من طرفه مدّعياً والآخر مدّعى عليه، وليس نظرهم إلى كيفيه صدور العقد ووقوعه، فيكون من قبيل المدّعى والمنكر.

وبعباره اخرى: إن أهل العرف يرجعون الدعاوى إلى المال وما يتعلّق به، فيجعلون من يريد جرّ المنفعه إلى نفسه مدّعياً، ومن يريد دفع الضرر عن نفسه منكراً، وأما النزاع فى كيفيه وقوع العقد فهو نزاع علمى وليس للعرف فيه مجال.

ولعلّ ما ذكرنا هو وجه التأمل فى تأييده كون كلّ منهما مدّعياً عند العرف الذى أمر به صاحب (الجواهر) ، وقد ذكرنا أنه رحمه اللّه قال بما ذكرنا فى مسأله الاختلاف فى الثمن لولا النص الخاص فيه.

وعن الشيخ فى المسأله قولان آخران:

أحدهما: ما عن موضع من (الخلاف) وهو القول بالقرعه مع اليمين (۱)، قال فى (الجواهر) : ولعلّه لإشكال الحال عليه فى أنه من التداعى أو من المدّعى والمنكر، لكن قد عرفت أن المرجع هو العرف والأمر عند أهل العرف فيه واضح. قال: ولم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا معاً بعدها، فهل تقسم الزياده بينهما أو يوقف الحكم؟ (۲)

وجه الأوّل هو: أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل، كما ذكرنا سابقاً فى مسأله العين التى وقع النزاع عليها وليس لأحدهما يد.

لكن فيه: إن مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك، ولا وجه لإسراء الحكم من العين إلى الدين، وكونه مقتضى الحكم بالعدل محلّ تأمل.

وأما توقيف الحكم، فإن كان النزاع فى ابتداء المدّه فلا بأس، وتكون النتيجه انفساخ العقد، وأما مع استيفاء المده بعضاً أو كلّاً، فلا يمكن القول به، كما هو واضح.

قال فى (الجواهر) : وقد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الأمرين، من أجره المثل المفروض كونها أقل مما يدّعيه الموجر، ومن المسمّى الذى يدّعيه المستأجر على الثانى (۳).

قلت: هذا غير واضح، لأنه قد يكون المسمّى الذى يدّعيه المستأجر أكثر من اُجره المثل، فلابدّ من أن يوخذ بمقتضى إقراره.

ص:۷۰۴

۱- ۱) كتاب الخلاف ۶: ۳۳۷ المسأله ۱۰.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۵۹.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۴۵۹.

قال: ويحتمل القرعه بلا يمين (۱).

أقول: وجهه ما عرفت من إشكال الحال، وأما عدم اشتراط اليمين فلخلّو بعض أخبار القرعه عنه، لكن قد عرفت أنه لا إشكال فی المقام بعد الرجوع إلی العرف.

والثانی: ما عن موضع من (المبسوط) ، حيث فرّق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدّه وبعده، وحكم بالتحالف فی الأول وتردّد فی الثانی بين القرعه وبين تقديم قول المستأجر (۲).

قلت: ولعلّ منشأ التردّد فی الصوره الثانيه بين القرعه التی قال بها فی (الخلاف) والتی قد عرفت وجهها، وبين تقديم قول المستأجر: هو ما ذكرناه من نظر العرف، لكن قد عرفت أنه مع ملاحظه نظر العرف لا يبقی إشكال فی تقديم قول المستأجر مطلقاً.

ومما ذكرنا يظهر الحكم فی كلّ اختلاف يرجع إلی الزياده والنقيصه وتحقق فيه نظر أهل العرف. . . هذا كلّه فيما إذا عدما البينه.

حكم الاختلاف فی الاجره مع البينه

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا اتفقا علی استيجار دار معينه شهراً معيّناً واختلفا فی الاجره، وأقام كلٌّ منهما بينه بما قدره، فإن تقدم تأريخ احداهما عمل به، لأن الثانی يكون باطلاً، وإن كان التاريخ واحداً تحقق التعارض، إذ لا يمكن فی

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۵۹.

۲- ۲) المبسوط فی فقه الإماميه ۸: ۲۶۴.

الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، وحينئذ، يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه.

هذا اختيار شيخنا فى المبسوط.

وقال آخر: يقضى ببينه الموجر، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بينه، إذ هو يخالف على ما فى ذمّه المستأجر، فيكون القول قوله، ومن كان القول قوله (۱)كانت البينه فى طرف المدّعى، وحينئذ نقول: هو مدّع زياده وقد أقام البينه عليها فيجب أن تثبت.

وفى القولين تردّد» (۲).

أقول: إذا كان لكلّ واحد من الموجر والمستأجر بينه بما يدّعيه، فتاره: يتقدم تاريخ احدى البينتين للعقد، واخرى: يكون التاريخ واحداً.

فإن كان الأول، كأن قالت احداهما: قد وقع العقد فى شهر رمضان، وقالت الاخرى: قد وقع فى شهر شوال، عمل بالمتقدّم وبطل المتأخر، لأنه يكون عقداً على معقود عليه من المتعاقدين كما كان، وهو باطل. . .

وإن كان الثانى - وهو اتّحاد تاريخهما - أو كانت البينتان مطلقتين، أو كانت احداهما مطلقه والاخرى مؤرخه، وليس فى احداهما مرجح من المرجحات المذكوره سابقاً، تحقق التعارض بين القولين، إذ لا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، وفى هذه الصّوره قولان.

فالأوّل: هو القول بالقرعه مع اليمين، وهو للشيخ فى (المبسوط) ، فمن خرج

۱- ۱) فى متن المسالك: « ومن كان القول قوله مع عدم البينه كانت. . .» .

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۳.

اسمه يحكم له مع يمينه، سواء كان الموجر أو المستأجر، للنصوص الصريحه الدالّه على ذلك (۱)، فإن نكل الذى خرج اسمه عن اليمين أُحلف الآخر، فإن حلف حكم له، وإن نكل فالوجوه المتقدمه من التنصيف أو وجوب دفع أقل الأمرين أو توقيف الحكم، مع ما عرفت من الكلام فيها.

والثانى: هو القضاء ببينه المؤجر، وهو لابن إدريس (۲)وأكثر المتأخرين، لما تقدّم من أن قول المستأجر يتقدم فى حال عدم البينه، وحيث أن البيّنه موجوده فإنها تسمع من الطرف الآخر وهو الموجر، والموجر يدّعى أنه قد آجر الدار بمأه وقد أقام البينه بها، فيجب أن تثبت الخمسين الزائده، بناءاً على حجيه بينه الخارج

---

۱ - ۱) عن عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه البصرى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان [يختصمان] بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين. ثم يجعل الحق للذى تصير عليه اليمين إذا حلف. وعن داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه فى شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا عليه [شهد الأولان] واختلفوا قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء. وعن زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال قلت له: رجل شهد له رجلان بأن له عند رجل خمسين درهماً، وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائه درهم كلّهم شهدوا فى موقف. قال: أقرع بينهم ثم استحلف الذين أصابهم القرع باللّه أنهم يحلفون بالحق. وعن داود بن أبى يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخران فشهدوا أنها امرأه فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا. فقال: يقرع بينهم فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها. وسائل الشيعه ۲۷: ۲۵۲ / الباب ۱۲ من أبواب كيفيه الحكم / ح۸. هذا، وللشيخ هنا فرع آخر هذا نصه: « ويفارق الألف والألفين، لأن من شهد بألف لا يعارض من شهد بألفين لجواز الصدق فيهما، فلهذا لم يقع التعارض، فأثبتنا الألف بأربعه والألف الزائد بشاهدين، وليس كذلك ههنا، لأن العقد على البيت مرتين شهراً واحداً محال، فلهذا تعارضتا. . .» المبسوط ۸ / ۲۶۴.

۲- ۲) السرائر ۲: ۴۶۴.

دون الداخل، كما هو المختار.

وأما بناءاً على حجيه بينه الداخل والخارج معاً، فإنهما تتعارضان وتتساقطان، فتعود الصوره كما لو عدماها.

حكم الاختلاف في العين المستأجره ولا بينه

قال المحقق قدّس سرّه: «ولو ادّعى استئجار دار فقال الموجر: بل آجرتك بيتاً منها، قال الشيخ: يقرع بينهما، وقيل: القول قول الموجر، والأول أشبه، لأن كلّ واحد منهما مدّع» (١).

أقول: هذه صوره الإختلاف في العين المستأجره، فتاره: يختلفان في ذاتها كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار فيقول المستأجر: بل تلك، فلا إشكال في أن كلاً منهما مدّع، والحكم فيه التحالف، واخرى: يختلفان فيها زياده ونقيصه، كأن يدّعى المستأجر استئجار الدار كلّها فيقول الموجر: بل آجرتك بيتاً منها، ففي هذه الصوره قولان أو ثلاثه، فعن الشيخ قدّس سرّه: يقرع بينهما نحو ما تقدم في المسأله السابقه، أو يتحالفان على قوله الآخر، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر، لأن قوله موافق للأصل، فعليه اليمين، فإن حلف ثبت قوله وإلا جاء فيه التفصيل المتقدم.

أما المحقق قدّس سرّه، فقد اختار هنا القول الأول وهو القرعه، مع تردّده في المسأله السابقه قال: «لأن كلّ واحد منهما مدّع» .

لكن تعليله يقتضي التحالف لا القرعه.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١٣.

حکم الاختلاف فی العین المستأجره مع البینه

هـذا کلّه مع عـدم وجود البینه للمسـتأجر المـدّعی، فإن کان واجـداً لها وأقامها حکم له. قال المحقق قـدّس سـرّه: « ولو أقام کلّ منهما بینه تحقق التعارض مع اتفاق التاریخ» (۱)أو إطلاقها أو إطلاقهما أو إطلاق احداهما، وإذا تحقق التعارض بینهما بالتساوی عـدداً وعداله والتأریخ واحد، تساقطا وکان المرجع القرعه، هذا بناء علی حجیه بینه الداخل کالخارج، وأما بناءاً علی المختار من عدم حجیه بینه الداخل، فإن بینه المستأجر هی المسموعه، ویحکم له علی طبقها کما لو عدم الموجر البینه.

وفی (کشف اللثام) : (ویحکم بـالقرعه مع الیمین، فـإن نکلا، فالظـاهر أن البیت لمـا اتفقـا علی إجـارته فهو فی إجارته إلی أن تمضی المدّه ویقتسمان الباقی نصفین ویسقط من الاجره بالنسبه، وکذا مع الاختلاف فی الزمان. . .» (۲).

قلت: إن أراد کاشف اللثام تقسیم الباقی إلی نصـفین مع دفع المسـتأجر نصف مال الإجاره، ففیه: إن کلّاً من الموجر والمسـتأجر یـدّعی کون الباقی کلّه له، لأن المسـتأجر یـدّعی أنه قـد أعطی الماه مثلاً فی مقابل الدار کلّها، والموجر یدّعی أنه قد آجر البیت فقط بماه، فیقرّ بعدم اسـتحقاقه تجاه المستأجر شیئاً، لکن نقول بکون البیت للمستأجر مع نصف الباقی، فإن استوفی منفعه النصف الآخر من الباقی کان علیه دفع ما یقابله.

فإن أراد کاشف اللثام هذا المعنی، لم یرد علیه ما أشکل به فی (الجواهر)

ص:۷۰۹

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۲۲۴.

بقوله: « إن المتجه فى الأول ثبوت الاجره مع قسمه ما فيه النزاع بالنصف، نعم، يتّجه أَجره المثل فى الأخير، لوقوع التصرف فيه بلا أُجره، ويمكن القول هنا بالقرعه بلا يمين، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض، كما سمعته فى المسأله الثانيه، بل لعلّه هنا أولى» (۱).

وفى (الدروس) : « فإن اتّحد التاريخ أُعملتا أو سقطتا أو أقرع مع اليمين» (۲).

والظاهر أن مراده من « اعملتا» أنا إن قلنا بحجيه بينه الخارج فقط، كانت بينه المستأجر هى الحجه ولا تسمع بينه الموجر لأنه الداخل، وإن قلنا بحجيه بينه الداخل سمعت بينه الموجر، وإن قلنا بحجيه كلتيهما فقد « سقطتا» بالتعارض فتعود كما لو عدماها، ويأتى فيها الوجوه المذكوره هناك، ويحتمل وجه آخر وهو القرعه مع اليمين.

هذا كلّه مع اتّحاد تاريخ البينتين. . .

قال المحقق: « ومع التفاوت يحكم للأقدم، لكن إن كان الأقدم بينه البيت، حكم بإجاره البيت بأجرته وبإجاره بقيه الدار بالنسبه من الاجره» (۳).

أقول: إنه مع التفاوت فى التاريخ، فإن كان المتقدم تأريخ بينه الدار كلّها بطلت إجاره البيت لما تقدم سابقاً، وإن كان المتقدم تاريخ بينه البيت، حكم بإجاره البيت بالاجره المسمّاه وبإجاره بقيه الدار بالنسبه من الاجره، لبطلان ما قابل البيت المفروض تقدم إجارته من تلك الدار وصحه البقيه، فلو كان مال الإجاره المتفق عليه مأه دينار، غير أن المستأجر يدّعى أن المأه اُجره كلّ الدار والموجر يدّعى إنها

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۶۲.

۲- ۲) الدروس الشرعيه ۲: ۱۰۶.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

أُجره البيت فقط المفروض كونه مساوياً لنصف أُجره الدار، وكان المتقدم تاريخ بيّنه البيت، يثبت على المستأجر مأه وخمسون ديناراً، المأه أُجره البيت ببيّنه الموجر، والخمسون فى مقابل بقيّه الدار ببيّنه المستأجر.

قال فى (الجواهر) : ولا ـ ينافى ذلك خروجه عن دعواها التى هى وقوع عقد واحد منهما، وكون العوض فيه عشره، وإنما الإختلاف فيما تضمّنه فى مقابله العشره الدار أو البيت، لأن الثابت فى الشرع حجّيه بيّنتهما لا دعواهما، وقد اقتضتا ما عرفت، فينبغى العمل به، لاحتمال كونه الواقع وإن خرج عن دعواهما معاً، كما سمعته فى تنصيف العين التى ادّعى كلّ منهما أنها له وهى فى أيديهما، وتسمعه فى غيره، بل قد يقال بوجوب العمل بكلّ منهما وإن علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى أعمالهما عن الواقع فضلاً عن دعواهما مع احتماله الواقع (۱).

حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار وهى فى يد البائع

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى كلّ منهما أنه اشترى داراً معينه وأقبض الثمن وهى فى يد البائع، قضى بالقرعه مع تساوى البينتين عداله وعدداً وتأريخاً، وحكم لمن يخرج اسمه مع يمينه» (۲).

أقول: إذا ادّعى كلّ منهما شراء دار معيّنه من مالكها وإيفاء الثمن وهى بعد فى يد البائع، فإن كانا واجدين للبيّنه فتاره: يتقدم تأريخ احدى البيّنتين، وحينئذ يحكم لصاحبها ويدفع الثمن للآخر، قال كاشف اللثام: « وإن أمكن أن يكون باعها

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۶۳.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

من الأول ثم اشتراها ثم باعها من الثانى، لحصول الجمع بين البينتين ببيعها من الثانى وإن لم يشترها لجواز بيع ملك الغير، لكن إذا لم يجزه انفسخ واستقر عليه الثمن» وأُخرى: يتفقان تأريخاً، فإن كان فى احداهما شىء من المرجّحات فهو، وإن تساوتا عداله وعدداً، أُقرع بينهما وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فإن نكل أُحلف الآخر، فإن نكل كذلك قسّمت الدار بينهما، ورجع كلّ منهما بنصف الثمن.

وإن عدما البيّنه فهنا صور:

الأولى: أن يكذّب المدّعى عليه - وهو صاحب الدار - كليهما، وحينئذ، يحلف لكلّ منهما ويندفعان عنه، فإن نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول أو الردّ ثم الحلف والحكم.

الثانيه: أن يصدّق أحدهما ويكذّب الآخر، فأما الذى صدّقه فتسلّم إليه الدار، وأما الذى كذّبه فيحلف له على الإنكار، وإن نكل فالقولان، وحيث يحكم للمدّعى يلزم صاحب الدار بدفع قيمه الدار إليه، كما هو الحكم فيما إذا صدّق الثانى أيضاً بعد تصديق الأول وتسليم الدار إليه.

وهل أن تصديق المدّعى الأول المستتبع لدفع الدار إليه إتلاف لمال المدّعى الثانى؟ إن كان الإقرار قبل القبض تلفاً، فإنه يكون فى مال البائع، إذ كلّ تلف قبل القبض فهو من مال البائع، وحينئذ، لا يجب عليه الحلف للمدّعى الثانى، بل بنفس التلف ينفسخ العقد، لكن الإشكال فى كون ذلك مصداقاً للتلف، من جهه أن البائع ينكر أصل البيع للثانى، فكيف يكون إقراره للأول إتلافاً؟

وأمّا ما فى (الجواهر) « وحلف للآخر (1)إن لم نقل إن الإقرار بها قبل القبض

ص:712

1- 1) فى الجواهر المطبوع: « وإن لم نقل» لكن الواو زائده. كذا أفاد السيد الاستاذ دام ظله.

بمنزله التلف لآفه سماويه. . . نعم، لو قلنا إن الإقرار قبل القبض إتلاف كالآفه السماويه، لم يتوجّه له اليمين حينئذ، وإن كان هو كما ترى» .

ففيه: إن كلّ تلف قبل القبض فهو من مال البائع، يشمل إتلاف البائع نفسه، بل يكون حينئذ من مال البائع بالأولويّه.

وكيف كان، فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى، توجّهت اليمين، وأما على القول بشمول « كلّ مبيع. . .» لإتلاف البائع، فالإنفساخ متحقق.

لكنّ الصحيح هو توجّه اليمين على البائع فى محلّ الكلام، لما ذكرنا من عدم صدق الإتلاف بالإقرار مع إنكار أصل البيع.

الثالثه: أن يصدّق كليهما معاً، فالحكم حينئذ هو تنصيف الدار مع يمينهما، إذ تكون كالعين الخارجيه التى وقع النزاع عليها وهى فى يد المتنازعين، لأنه مع إقرار البائع لهما تكون يده بمنزله يديهما، ثم إن صدّقهما فى أخذ الثمن منهما استرجع لكلّ واحد نصف ما دفع إليه.

الرابعه: أن يصدّق كلّ واحد فى النصف، فيحكم بالنصف لكلّ منهما مع حلفه له عى إنكار النصف الآخر، فإن كان مقراً بأخذ كلّ الثمن من كلّ واحد، وجب إرجاع النصف، وإلا أُحلف على إنكار أخذ الكلّ، فإن نكل وحلف المدّعى أُخذ منه.

الخامسه: أن يقول: لا أعلم لمن هى منكما، فيكون إقراراً بأنها ليست له، وحينئذ، تكون كالعين التى تنازع عليها اثنان مثلاً وليس لأحدهما عليها يد، وفيها أقوال:

أحدها: الحكم بالتنصيف، والثانى: القرعه مع اليمين، والثالث: القرعه بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معاً.

ص:٧١٣

وهل يقبل قول البائع لأحدهما؟

قال المحقق قدّس سرّه: «ولا يقبل قول البائع لأحدهما ويلزمه إعاده الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزد حم البيّنتان فيه» (١).

أقول: وحيث تساوت البينتان وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فهل يقبل قول البائع لأحدهما؟ الظاهر: لا، إن كان بعد الحكم، لأنه حينئذ تزول يده وترتفع فلا اعتبار لإقراره.

لكن فى (كشف اللثام) : «ويحتمل القبول، فيكون المقرّ له ذا اليد، فتقدم بيّنته أو بينه الآخر على الخلاف» (٢).

وفيه - كما فى (الجواهر) - إن جزم المحقق قدّس سرّه وغيره بعدم قبول قول البائع مبنى على أن ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعه وبعد انتزاع الدار من البائع بالبيّنتين، فإنهما وإن اختلفتا فى تعيين المالك، لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لأحدهما وخروج الدار به عن ملك البائع، فلا وجه للاحتمال المزبور.

وعلى كلّ حال، يلزم البائع إعاده الثمن على المدّعى الآخر الذى لم تكن له الدار، لأن قبض البائع الثمنين من المدعيين ممكن، فتزدحم - أى تجتمع - البينتان فيه، كما اجتمعتا فى خروج الدار عن ملك البائع، بخلاف عقد البيع حيث قامت كلّ واحده منهما على وقوعه مع كلّ واحد منهما دون الآخر.

ولو نكل من خرج اسمه بالقرعه حلف الآخر، كما تقدم.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١۴.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٢١٨.

قال المحقق: « ولو نكلا عن اليمين، قسّمت بينهما ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن» (۱).

أی: ولو نكل من أخرجته القرعه والطرف الآخر عن اليمين، قسّمت الدار بينهما على النصف، لما تقدم من أنه الحكم بالعدل، وعلى البائع إرجاع نصف كلّ من الثمنين إلى كلّ من المدعيين، وليس له إنكار الأخذ لإثبات البينتين ذلك.

وقال كاشف اللثام: « إلا إذا اعترفا أو اعترف أحدهما أو شهدت بيّنتاهما أو احداهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهاده بينه لم يكن له الرجوع عليه بشيء من الثمن، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبينه، غايه الأمر إنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك» (۲).

وقد سبقه إلى ذلك الشهيد الثانی فی (المسالك) ، فإنه قال فی المسأله الآتیه: « وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمه فذلك إذا لم تتعرّض البينه لقبض المبيع ولا اعترف به المدّعی، وإلا فإذا جرى القبض استقرّ العقد وما يحدث بعده فليس على البائع عهدته» (۳).

وسبقهما إليه العلامه فی (التحرير) (۴).

واعترضه فی (الجواهر) بقوله: « وفيه: إن الإعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينه لا ينافی الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه، كما هو

ص:۷۱۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۲۱۸.

۳- ۳) مسالك الأفهام ۱۴: ۱۱۱ - ۱۱۲.

۴- ۴) حيث قال: « ولو نكلا قسمت العين بينهما وليس لأحدهما الرجوع على بايعه بشيء إن كانا قد اعترفا بقبض السلعه من البائع لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع» تحرير الأحكام ۵: ۲۰۱/۶۵۵۷.

واضح، اللهم إلا أن يقال: إن عدم الرجوع بعد القبض لتركهما اليمين باختيارهما، ولكن ذلك غير موافق لما سـمعته من التعليل، بـل لا يتمّ فيما سـمعته من كشف اللثام أخيراً، على أن ترك اليمين إن كان مقتضـياً لـذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعـده» (1).

أقول: والأـقرب هو الأول، فلو اشترى مالاً من بائعه وقبضه وأقبض الثمن ثم تركه أمانه عنـد البائع، فأقام رجل البينه لـدى الحاكم على أنه قـد اشترى المال منه وحكم الحاكم بـدفع المال إليه، لم يكن للمشترى الأول مطالبه البائع بالمال ولا بالثمن، لأنه مال قد تلف بعـد القبض فهو من مالكه لا من مال البائع. نعم، لو كانت العين باقيه عنـد البائع من دون إذن المشترى فهو لها ضامن، لكن بدليل: « على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وهذا بحث آخر.

وقول صاحب (الجواهر) : « إن الإعتراف. . . لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه» .

فيه: إنه خروج عن فرض القوم، وهو الإعتماد على إقرار المشترى، ولم ينكشف خلاف.

وقوله: « على أنّ ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده» .

فيه: إن كون التلف قبل القبض من البائع وبعـده من المشترى أمر لا ريب فيه، لكن كونه من مال البائع قبل القبض مشـروط بعدم كون التلف حينئذ مستنداً إلى المشترى وإلا فيكون فى ماله. . . إلا أن فى صدق « الإتلاف» على النكول عن « اليمين» تأملاً.

ص:716

1- 1) جواهر الكلام 40: 465.

وهل لهما الفسخ؟

قال المحقق قدّس سرّه: « وهل لهما أن يفسخا؟ الأقرب: نعم، لتبعّض المبيع قبل قبضه» (۱).

أقول: وكيف كان، فهل لهما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذى ثبت لكلّ منهما بالبينه؟ قال المحقق: « نعم، لتبعض المبيع قبل قبضه» .

ووجه العدم: إن التبعّض جاء من قبلهما.

قلت: لكن ليس المورد من تبعّض الصفقه، لأن ذلك يكون فى العقد لا ـ القبض، فإذا وقع العقد على شيئين بصوره الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكاً للبائع، فيبطل العقد بالنسبه إليه، ويجوز للمشترى أن يفسخ المعامله بالنسبه إلى الآخر، وهذا معنى تبعّض الصفقه.

وأما إذا كان العقد صحيحاً بالنسبه إلى كلا الجزئين، فسلم أحدهما دون الآخر فلا خيار، بل يلزم البائع بتسليم الآخر.

وهنا تكون احدى المعاملتين باطله فى الواقع، لأن الذى وقع له البيع يملك الكلّ، ومن لم يقع له فلا شيء له، غير أنه لما كان الواقع مجهولاً وقد حكم الحاكم بالبينه بالتنصيف، يكون لكلّ نصف، فيكون نظير درهم الودعى. . .

فالأصحّ هو العدم، وبناء على الفسخ، فلو فسخا كانت العين للبائع ورجع كلّ واحد منهما عليه بالثمن كلّه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر

قال المحقق: « ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم، وفى لزوم ذلك عليه تردّد، أقربه اللزوم» (1).

أقول: ولو فسخ أحدهما فهنا فرعان.

الأول: إنه لو فسخ أحدهما، فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا؟ فيه قولان، ذهب المحقق قدّس سرّه إلى الأول، واستدل له بقوله « لعدم المزاحم» أى: لأنه كان يدّعى شراء جميع الدار من البائع وقد أقام البينه على ذلك، لكن عارضه دعوى الآخر وبيّنته، وحيث فسخ ذاك ما كان يدّعيه من العقد، فقد بقى هذا بلا مزاحم، فكان له أخذ الجميع الذى كان يدّعيه.

وقد حكى الثانى عن الشيخ قدّس سرّه، ووجهه هو: أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الآخر، فلا يعود إليه.

وفيه: إن مقتضى البينه هو الجميع، لكن منعه عن أخذه المدّعى الآخر الذى ادّعى شراء الجميع كذلك، الأمر الذى سبب حكم الحاكم بالتنصيف، لكن مع فسخ الآخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضى أثره.

وقد نسب الشهيد فى (الدروس) إلى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى حيث قال: (ولو فسخ أحدهما فلخر الجميع، وفيه أوجه ثالثها – وهو مختار الشيخ فى المبسوط -: الفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى، لأن القضاء للأول بالنصف إذا لم يتعقّبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه

١– ١) شرائع الإسلام ۴: ١١۴.

بأخذ الجميع، ونعنى بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف ما إذا فسخ المفاتح فإن الثانى يأخذ الجميع قطعاً، لإيجاب بيّنته الجميع يراجع ما لم ينازع.

والأقرب أن لكلّ منهما الأخذ» (۱).

وقد ضعّف صاحب (الجواهر) قدّس سرّه هذا التفصيل كذلك. ثم قال: « توّهم أن مقتضى الفسخ الرجوع إلى البائع لا إليه بمقتضى الحكم الظاهرى، مدفوع بأن التنصيف قد كان جمعاً بين البينتين، ومع فرض الفسخ استقلت بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهراً عليه لأنه مقتضى دعواه وبينته» (۲).

الفرع الثانى: إنه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب؟ وجهان، من وجود المقتضى وعدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضى للخيار وهو تبعض الصفقه، ومن استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ، ومن هنا تردّد المحقق قدّس سرّه، لكن قال: « أقربه اللّزوم» . واستدلّ له صاحب (الجواهر) بالأصل - وهو أصاله اللزوم فى العقود - وبغيره من الأدله القائمه على لزوم العقد، وكلّ ذلك يتقدم على الاستصحاب إن تم فى المقام.

هذا، ولكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع، لا لما ذكره الشيخ قدّس سرّه بل لأن النصف الثانى يصير بعد الفسخ إلى ملك البائع، لا أنه يعود إلى ملكه كما كان حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض،

۱- ۱) الدروس الشرعيه ۲: ۱۰۵.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۴۶۶.

بل هو ملک جدید یصیر إلی البائع بالفسخ فلیس للآخر أخذ هذا النصف. وما ذکرنا نظیر ما إذا باع أحد الشریکین نصفه الواقع إلیه بحکم الحاکم إلی البائع، فإنه ملک جدید للبائع بسبب جدید، فلا یجوز للآخر أن یدّعی علیه هذا النصف أیضاً.

فإن قیل: تحقق الملک الجدید للبائع بسبب البیع واضح، ولیس الفسخ کذلک، بل أثره فی محلّ الکلام کون المعامله بالنسبه إلی هذا النصف الذی وقع الفسخ فیه کالعدم، فلخر المطالبه به بمقتضی بینته.

قلت: لا إشکال - بل الظاهر أنه لا خلاف - فی أنه یتحقق الملک للبائع بالفسخ من حینه، ولذا یکون النماء الحاصل بین العقد والفسخ للمشتری، فیکون الشیء ملکه له مره اخری بعد بیعه إیّاه.

ومن هنا وقع الکلام فی تأثیر إجازه المالک لبیع الفضولی إن کان مالکاً للمال حین الإجازه لا حین العقد، والصحیح عدم کفایه هذا التملّک فی إنفاذ البیع بالإجازه.

علی أن الفسخ من آثار التعارض، فکیف یکون نافیاً للتعارض؟

والحاصل: إنه لیس للآخر أخذ الجمیع، لأن المزاحمه قد ارتفعت بالفسخ من حینه، والتی کانت من حین العقد لم ترتفع بهذا الفسخ.

هذا کلّه إذا کانت العین فی ید البائع.

ولو کانت فی ید أحدهما فتاره: لا بینه، وحینئذ یقضی بها له وعلیه الیمین للآخر، وأُخری: یقیمان البینه، وحینئذ یحکم للخارج علی رأی وللداخل علی آخر، وقد تقدّم.

حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كلّ منهما

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كلّ منهما هذا المبيع وأقام كلّ منهما بينه، فإن اعترف لأحدهما قضى عليه بالثمن، وكذا إن اعترف لهما قضى عليه بالثمنين، وإن أنكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضى بالثمنين جميعاً لمكان الاحتمال» (١).

أقول: هذه المسأله عكس المسأله السابقه، فلو ادّعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كلّ منهما مبيعاً معيناً، فإن اعترف المشترى بالشراء لأحدهما قضى عليه بالثمن، وإن اعترف به لكلّ منهما قضى عليه بالثمنين، لأن « إقرار العقلاء على أنفسهم حجه» وشراؤه من كليهما أمر ممكن، كأن يكون قد اشترى العين من أحدهما ثم باعه من الآخر ثم اشتراه، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المدّعى الآخر، فاشتراه المشترى منه.

وإن لم يعترف مطلقاً وأقام كلّ واحد منهما بينه فأنكرهما فتاره: يختلف تاريخ البينتين أو تكونان مطلقتين، وأخرى: يكون التاريخ واحداً، فإن اختلف أو كانتا مطلقتين قضى عليه بالثمنين، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الآخر - أو من رابع فباعه من الآخر - ثم شرائه منه، ومهما أمكن الجمع بين البينتين وجب.

بخلاف المسأله السابقه، لما قيل من أن الشراء لا يجوز لملك نفسه والبيع يجوز لملك غيره ولو فضولاً.

ص:٧٢١

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١۴.

وفیه: کما فی (الجواهر) إن الاحتمال فی الشراء لمال نفسه فضولاً ـ عن الغیر ممکن أیضاً، کأن یشتری العین من أحدهما ثم یوکّل زیداً فی بیعه من الغیر، ثم اشتری فضولاً من الغیر.

هذا، مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغیر، لأن المفروض عدم أخذه شیئاً عن الغیر.

فالأولی فی وجه الفرق ما ذکره فی (الجواهر) من أنه اتحاد المدّعی به فی المسأله السابقه، وهو شراء المبیع من مالکه، إلا أنه لم یعلم السابق منهما لیکون شراء اللاحق فی غیر محله، بخلاف هذه المسأله، فإن المدّعی به استحقاق الثمن الذی ثبت بثبوت سببه، فمع فرض قیام البینه به فی وقتین مثلاً وجب المسبب حتی لو کان المدَّعی واحداً.

وبعباره اخری: العین الواحده لا ـ یمکن أن تکون بجمیعها لاثنین، هذا فی تلک المسأله، أما فی المقام، فالمدّعی به هو الثمنان من جهه تعدد العقد وإن کانت العین واحده، فإذا تکرر العقد تکرر الثمن، لإمکان الشراء ثم البیع والشراء کما عرفت، أما المبیع فلا یتکرر بتکرر البیع، فظهر إمکان الجمع بین البینتین هنا وعدم إمکانه هناک.

نعم، لو کان الثمن شیئاً معیّناً خاصّاً، وکلٌّ منهما قد ادّعاه بسبب کونه البائع لثمنه، وأقام کلّ واحد بینه، تحقق التعارض ولو مع إطلاق البینتین.

هذا، وفی (المسالک) : ویحتمل کونهما حینئذ کالمؤرختین بتاریخ واحد، لأنهما ربما شهدتا علی البیع فی وقت واحد، والأصل براءه ذمه المشتری، فلا یؤخذ إلا بالیقین (۱).

ص:۷۲۲

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۱۰.

قال فی (الجواهر) : ولعلّه لذا کان المحکی عن ظاهر الشیخ التردّد.

لکن فیه - کما فی (الجواهر) - أن البینه ظاهره فی تعدد البیع، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه (۱).

قال المحقق: « ولو کان التاریخ واحداً تحقق التعارض، إذ لا یکون الملک الواحد لاثنین، ولا یمکن إیقاع عقدین فی الزمان الواحد، فیقرع بینهما، فمن خرج اسمه أُحلف وقضی له» (۲).

أقول: ودلیل القرعه ما تقدم ذکره سابقاً من النص والفتوی علی أن الرجوع إلی القرعه هو حکم البینتین المتعارضتین بعد فقد الترجیح بینهما بأحد المرجحات المذکوره هناک، فمن خرج اسمه أُحلف وقضی له بالثمن الذی شهدت به البینه، فإن امتنع اُحلف الآخر وقضی له کذلک.

قال: « ولو امتنعا من الیمین قسّم الثمن بینهما» (۳).

أی: لو امتنع من خرج اسمه بالقرعه فردّت علی الآخر فامتنع کذلک، قسّم الثمن بینهما إن کان قابلاً للتقسیم، وإلا فلکلّ واحد من المدعیین نصف ما ادّعاه من الثمن.

وقد تقدم فی نظیر المسأله احتمالات أُخری.

حکم ما لو ادّعی شراء المبیع من زید وادّعی آخر شراءه من عمرو

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعی شراء المبیع من زید وقبض الثمن،

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۶۸.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

وادّعی آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن، وأقاما بینتین متساویتین فی العداله والعدد والتاریخ، فالتعارض متحقق» (۱).

أقول: فی هذه المسأله لو صدّق البائعان المشتریین أو صدّق أحدهما من یدّعی الشراء منه، وجب علی المصدّق تسلیم العین أو إرجاع الثمن الذی أخذه.

ومع عدم التصدیق، فلو أقاما بینتین، فإن کانت احداهما أرجح أو کان تاریخها أقدم من الاخری حکم لصاحبها، دون الآخر، فإن کانتا بیّنتین متساویتین فی العداله والعدد والتاریخ فالتعارض متحقق.

« فحینئذ یقضی بالقرعه ویحلّف من خرج اسمه ویقضی له» بالعین ویرجع المشتری الآخر علی بائعه بالثمن.

فإن نکل من خرج اسمه أُحلف الآخر « ولو نکلا عن الیمین قسم المبیع بینهما» علی السویه، وقد عرفت وجود احتمالین آخرین وهما: القسمه بلا قرعه، والتساقط للبینتین والتنصیف کذلک.

هذا إذا کانت العین فی ید البائعین.

ولو کانت العین بید المشتریین، فلکلّ واحد منهما ید علی النصف، فتکون بینه کلّ بالنسبه إلی النصف الذی بیده بینه الداخل وبالنسبه إلی النصف الآخر بینه الخارج، وکیف کان، فالحکم هو التنصیف.

ولو کانت بید أحدهما بنی علی تقدیم بینه الداخل أو الخارج، وحیث یقضی لأحدهما یرجع الآخر بالثمن، کما یبتنی الحکم علی ما ذکر فیما لو صدّق أحد البائعین مشتریه، فإنه یوجب کونه ذاید، ومع تصدیق کلیهما یکون کلّ واحد منهما ذاید، والحکم حینئذ هو التنصیف کما لو عدما معاً البینه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۴.

وحيث يحكم بالتنصيف، يرجع كلّ واحد بنصف الثمن كما قال المحقق قدّس سرّه:

« ورجع كلّ منهما على بائعه بنصف الثمن» (۱).

وهل لهما الفسخ؟

ثم قال: « ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين» (۲).

أقول: وجه الفسخ هو دعوى تبعّض الصفقه، وقد عرفت ما فيها، وبناءاً على ما ذكرنا سابقاً، يكون النصف الآخر كالتالف وهو من مال بائعه، وللمشترى المطالبه بنصف الثمن.

وقد جوّز كاشف اللثام (۳)الفسخ بشرط عدم الإعتراف بكون التلف بعد القبض. وقد ذكرنا أنه إن كان التلف بعد القبض موجباً للتبعض، بأن تكون البينه كاشفه عن كون العين مستحقه الغير حين العقد كما يقول صاحب (الجواهر) ، كان له الفسخ والرجوع، لكن قد عرفت أن ذلك غير تام.

والحاصل: إنه لا يجوز الفسخ، وبناءاً على جوازه لم يجز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال: « ولو فسخ أحدهما جاز ولم يكن للآخر أخذ الجميع، لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه» (۴)لأن المفروض كون النصف الآخر للبائع الثانى.

وحيث يعترف المشترى بكون التلف بعد القبض، لم يكن له خيار الفسخ، لأن المال له والتلف فى ماله. نعم، له الفسخ بناءاً على كونه من تبعّض الصفقه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.
۳- ۳) كشف اللثام ۱۰: ۲۲۰.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.

هـذا، وفى (الجواهر) : إنه قـد يتوهّم من اقتصـار المصـنف فى التعـارض على الصوره المزبوره عـدمه فى غيرهـا، مع أن الظـاهر تحقق ذلك أيضاً فى صوره الإطلاق، إذ هى كغيرها من صور الإطلاقات السابقه، بل وكذا لو أطلقت احداهما وأرّخت الاخرى، بناءاً على عدم الحكم بتأخر مجهول التاريخ عن معلومه، كما حرّر فى محلّه (١).

نعم، لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين، ففيه البحث السابق فى تقديم الملك السابق وعدمه.

أقول: قـد عرفت فى المسـأله السـابقه قول المحقق قـدّس سرّه بالقضـاء بالثمنين جميعاً فى صوره اختلاف البينتين فى التاريـخ أو إطلاقهما قال: « لمكان الاحتمال وإمكان الجمع بين البينتين» وقد وافقه صاحب (الجواهر) قدّس سرّه، وأشكل على (المسالك) القائل بالتعارض والحكم بالتنصيف أخذاً بالقدر المتيقن وأن الأصل براءه المشترى.

يعنى: إنه إن كـان الجمع ممكنـاً فهو أولى، لكنه يكون فى صوره كون الشـهادتين مبيّنتين، أما مع إجمالهما فلا - فيكون نظير ما إذا قـامت البينه على أن أحـد هـذين الشخصـين هو المتلف لمـال لزيـد، فـإنه يجرى فى حق كـلّ منهمـا أصـاله البراءه، فلاـ يلزم أحدهما بشىء - وحيث يكون مجملاً يؤخذ بالمتيقن ويجرى الأصل فى غيره. . . فأشكل عليه فى (الجواهر) بأن البينه ظاهره فى التعدد، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه. . .

فقوله هنا بأن الظاهر تحقّق ذلك أيضاً فى صوره الإطلاق، ينافى ما ذكره

ص:٧٢٦

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٠.

هناک، فما عبّر عنه بالتوهّم هو الصحیح.

ولو شهدت احداهما بوقوع البیع یوم الخمیس، والاخری بوقوعه یوم الجمعه، فالمتأخر باطل إن کان البیع واحداً، وإلا، فإن أمکن الجمع فهو، وإلا کان الثانی باطلاً.

ثم إنه یلزم أن تکون الشهاده علی الملک، ولذا لا تسمع دعوی الشراء من زید حتی لو أقام البینه، بل یلزم أن تکون الدعوی والشهاده کلتاهما مشتملتین علی شراء العین منه وأنها ملک له، إذ یجوز - فی مفروض المسأله هنا - أن یکون قد اشتری أحدهما العین للآخر وأن یکون باعها أحد البائعین وکالهً عن الآخر أو فضولاً، وهذا ما ذکره العلامه فی (القواعد) والشهید الثانی فی (المسالک) قال: وسیأتی اختیار المصنف إیّاه وکأنه ترکه هنا اتّکالاً علیه. . . وبالجمله، إنه یشترط أن یکون المدّعی والمشهود به هو الشراء من المالک، سواء ثبتت ملکیه البائع بالید أو بالبینه (۱). . .

حکم ما لو ادّعی عبد أن مولاه أعتقه وادّعی آخر شراءه منه

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعی عبد أن مولاه أعتقه وادّعی آخر أن مولاه باعه منه، وأقاما البینه، قضی لأسبق البینتین تأریخاً، فإن اتفقتا قضی بالقرعه مع الیمین» (۲).

أقول: لو ادّعی عبد أن مولاه أعتقه، وادّعی شخص آخر أن مولی العبد قد

۱- ۱) هذا إشاره إلی عباره المسالک، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۱۲. التی أوردها صاحب الجواهر وقال بأنها تطویل بلا طائل.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.

باعه منه، فهما مدّعيان، والمولى هو المدّعى عليه وذو اليد، سواء كان العبد بيده أو بيد المشترى أو غيرهما أو لا فى يد. . .

فإن لم تكن لأحـدهما بيّنه وكذّبهما المولى، حلف لهما بيمينين لأنه المدّعى عليه، وإن صدّق أحدهما وكذّب الآخر قضـى لمن صـدّقه، وهـل يحلف لمن كـذّبه أو لا ـ؟ قولا ـن، ذهب العلامه إلى الأول والشـهيد الثانى وكاشف اللثام إلى الثانى تبعاً للمبسوط، ومنشأ الاختلاف هو ترتّب الأثر على هذه اليمين وعدمه، فهو نزاع صغروى، لأنهم متفقون على أن اليمين على الإنكار إنما تكون فيما إذا كان للإقرار أثر فى ذلك المورد، قال كاشف اللثام: « والحق ما فى المبسوط من أنه إن صدّق المشترى لم يحلف للعبد، لأنه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل، لكونه إقراراً فى حق الغير ولم يلزمه غرم، وكذا إن صدّق العبد لم يحلف للمشترى، لأنه لو صـدقه بعـد ذلـك فقـد اعترف بالإتلاـف قبـل القبض، وهو كالآفه السـماويه فى انفساخ البيع به، نعم، إن ادّعى عليه قبض الثمن حلف له إن أنكره» (١).

وقد وافق صاحب (الجواهر) العلامه وصوّر الثمره فى المسأله حيث قال:

« وفيه: منع عدم توجه اليمين للمشترى، مع إقراره المسـتخرج باليمين يكون من الحيلوله لا التلف فيغرم له القيمه، ولذا جزموا فى المسأله السابقه – وهى دعوى الاثنين شـراء العين من شـخص هى فى يـده – أن لو أقرّ لأحـدهما كان اليمين عليه للآخر، بل وله اليمين على المقرّ له، فلا يبعد حينئذ أن يكون هنا أيضاً له اليمين على السـيد والعبد، كما أنه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشترى، لعموم قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « البينه. . .» . وفائدته ثبوت

١- ١) كشف اللثام ١٠: ٢٢١.

الحرّيه فى حقّه، على وجه لو انتقل إليه بعد ذلك بإرث وغيره يحكم بحريته إن لم نقل بوجوب شرائه فعلاً عليه، كما عن بعضهم التصريح به، وإلا كانت الثمره واضحه» (١).

هذا كلّه مع عدم البينه، ومع وجود البينه يقضى لمن أقامها، وإن أقاماها معاً، فإن كانت إحداهما أرجح أو أقدم تاريخاً قضى لها، وإن اتفقتا فى العدد والعداله والتأريخ قضى بالقرعه، فمن خرج اسمه حكم له بيمينه، فإن نكل حلف الآخر وقضى له.

« ولو امتنعا من اليمين قيل: يكون نصفه حرّاً ونصفه رقّاً لمدعى الإبتياع، ويرجع بنصف الثمن» (٢)لأدله التنصيف المذكوره سابقاً (٣).

وقد تأمل صاحب (الجواهر) فى شمول تلك الأدلّه لمثل الفرض الذى أحد طرفيه الملك والآخر الحريه، وحينئذ يكون الحكم لمن أخرجته القرعه، أى يقترع على الملكيه لمدّعى الشراء والحريّه للعبد (٤).

وعلى الأول - وهو قول الشيخ وجماعه - يرجع المشترى بنصف الثمن الذى أقبضه المولى.

وهل للمولى خيار الفسخ؟

وهل يكون للمولى خيار الفسخ؟ قالوا: نعم، لتبعض الصفقه، وقد قلنا سابقاً بأن التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا، لأنه كالتلف قبل القبض على

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٢.
٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.
٣- ٣) راجع الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى.
٤- ٤) لقد ذكرنا فى محلّه أن التنصيف يكون فى كلّ مورد يقبله.

أثر حكم الحاكم.

وعلى مـاذكروا من ثبوت الخيـار، قـال المحقق: « ولو فسـخ عتق كلّه، وهـل يقوّم على بـائعه؟ الأقرب نعم، لشـهاده البينه بمباشـره عتقه» (۱)فهنا فرعان:

أحـدهما: إنه لو فسخ مدعى الشـراء، يرجع على المولى بكلّ الثمن، وحينئذ ينعتق العبد كلّه، لزوال المزاحم البينه القائمه على أن المولى أعتقه.

والثـانى: إنه لو لـم يفسـخ المشترى، فهـل يقوّم العبـد على البـائع إن كـان موسـراً أو لاـ؟ قال المحقق: الأقرب: نعم، لشـهاده البينه بمباشره عتقه « فيتم شرط السرايه، وقد وافقه على ذلك (المسالك) و (الجواهر) .

وفى (المسالك) عن الشـهيد الإعتراض على ذلك (بأن الواقع فى نفس الأمر إما العتق أو الشـراء أو ليس أحـدهما، وأيّما كان، امتنـع معه التقويم على المالـك والسـرايه، أمـا على تقـدير العتق، فنه يكون للمجموع، ومع عتق المجموع لاـ بعض موجود حـتى يقوّم، وأمـا على تقـدير الشـراء، فنه أيضـاً للجميع فلا سـبب للتقويم، إذ السـبب عتق البعض وهو منتف، ومنهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما» (۲).

أقول: وفى (الـدروس) إشـكال آخر أيضاً حيث قال: « ولأنه عتق قهرى، فلا يقوّم عليه» (۳)أى: إن شرط التقويم والسرايه هو أن يكون عتقه للنصف بالاختيـار، بنـاء على أن الموجب القهرى - كالإـرث - لا يوجب السـرايه، وهنا الاختيار منتف، لأن بينه العبد شهدت بعتق الكلّ، وحرّيه بعضه كانت بحكم

ص:۷۳۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۱۱۵.

۳- ۳) الدروس الشرعيه ۲: ۱۰۶.

الحاكم لا باختيار المولى، فلا مورد للسرايه.

لكن يمكن الجواب عنه بتحقق الاختيار هنا، لأنه مع شهاده بينه العبد بعتق الكلّ فقد أعتق النصف، فإن مبنى تبعّض الصفقه هو أن من باع الكلّ فقد باع البعض وإلا لم يتحقق التبعض فى مورد، فظهر أنه قد باع النصف بالاختيار، لكن التبعض تحقق بحكم الحاكم بمقتضى البينتين، لأنه أمر انتزاعى منشأه هنا الحكم المذكور.

وأما إشكاله الآخر المبتنى على العلم الإجمالى فى المقام، فقد أجابوا عنه: بأن مخالفه العلم الإجمالى مخالفه احتماليه لا مانع منها، فلو غسل يده المتنجسه بماء مشكوك الطهاره، فإنه يستصحب طهاره الماء ونجاسه اليد معاً، ولا مخالفه قطعيه للعلم الإجمالى، وفيما نحن فيه، وإن علمنا بأن العبد إما مملوك كلّه - للمولى أو للمشترى - وأما حرّ كلّه، والحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور، لكن لا يلزم من ذلك مخالفه قطعيه من المشترى والعبد، نعم، الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع، إلا أنا ملزمون بمتابعه حكمه رعايه لمصلحه رفع الخصومه وفصل النزاع.

هذا، ولو حصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشترى، لأنه إما كلّه ملك للمشترى وإما كلّه حرّ، فيحصل العلم التفصيلى بعدم وجوب شراء المولى النصف من المشترى، ولا تقتضى ظواهر الأدلّه ذلك، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر، وهذا إشكال آخر.

ولو كان العبد فى يد المشترى، فإن قدّمنا بينه الداخل حكم له، وإن قدّمنا بينه الخارج حكم بالعتق، لأن العبد خارج قاله فى (الجواهر) تبعاً (للدروس) .

لكن تقدّم منا القول بأن ذا اليد هو المولى وإن كان بيد المشترى.

ص:٧٣١

لا یقال: تقدم بینه العبد، لأن له یداً علی نفسه إن قدّمنا الداخل، وإلا قدمت بینه الشراء.

لأنا نقول: إنما یصیر له ید بالعتق وثبوت الحریه، وقد نسب فی (الجواهر) القول المذکور إلی بعض العامّه (1).

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۷۳.

مسائل

المسأله الاولی: (لو شهد للمدّعی بملکیه الدابّه منذ مده فکذّبتها سنّها)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو شـهد للمدّعی بأن الدابه ملکه منذ مده، فدلّت سـنّها علی أقل من ذلک قطعاً أو أکثر، سقطت البینه لتحقق کذبها» (۱).

أقول: لو شـهدت البینه لمدّعی ملکیه الدابه بأنها ملکه منذ خمس سنوات مثلًا، فدلّت سنّها علی کون عمرها أقل من تلک المده دلاـله قطعیه، أو شـهدت بأنها نتجت عنـد المـدّعی منـذ خمس سـنوات، فـدلّت سـنّها دلاله قطعیه علی أن عمرها أکثر من تلک المده، سقطت البینه عن الحجیه، لتحقق کذبها.

أمـا لو کـانت الـدلاله علی الأـقلیه أو الأـکثریه ظنیه لاـ قطعیه ففی (الجواهر) : لاـ ینبغی التأمـل فی عـدم معـارضه الظن للشـهاده التعبدیه. . . ولا أظنه قولاً لأحد (۲).

لکن عن بعض نسـخ (الشـرائع) « قطعـاً أو أکثریـاً» وهی التی شـرحها فی (المسالک) فقال: « أما علی تقـدیر کون الـدلاله قطعیه فواضح، لأن الکذب حینئذ

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۷۴.

قطعی، وأما علی تقدیر الأکثریه فالدلاله ظنیه، ویشکل معارضتها للحکم الظاهر من عداله الشاهد. وفی التحریر اقتصر فی الحکم بسقوط البینه علی الدلاله القطعیه (۱)، وهو أولی» (۲).

وکیف کان، فالصحیح ما ذکره فی (الجواهر) ، وإنما الکلام فی بطلان البینه مطلقاً أو فی خصوص ما کذبت؟ قال: الظاهر الثانی. قلت: بل الأول، إذ لا عرفیه لبینه یسقط بعض مدلولها بتکذیب السن له ویبقی البعض الآخر.

ص:۷۳۴

۱- ۱) تحریر الأحکام ۵: ۱۹۳/۶۵۵۲.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۱۶.

المسأله الثانیه: (لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملکیه أو التسلیم)

قال المحقق: « إذا ادّعی دابّه فی ید زید وأقام بینه أنه اشتراها من عمرو، فإن شهدت بالملکیه مع ذلک للبائع أو للمشتری أو بالتسلیم، قضی للمدّعی، وإن شهدت بالشراء لاغیر قیل: لا یحکم، لأن ذلک قد یفعل فیما لیس بملک، فلا تدفع الید المعلومه بالمظنون، وهو قوی. وقیل: یقضی له، لأن الشراء دلاله علی التصرف السابق الدالّه علی الملکیه» (۱).

أقول: لا کلام فی ترتب الأثر علی ما إذا شهدت البینه بالملکیه مع الشراء للبائع بأن قالت: نشهد بشراء زید هذه الدابه من عمرو وقد کانت ملکه، أو للمشتری بأن قالت: نشهد بشراء زید هذه الدابه من عمرو وهی الآن ملک لزید، أو بالتسلیم من عمرو لزید بأن قالت: نشهد بشراء زید هذه الدابه من عمرو وتسلیم عمرو إیّاها لزید.

إنما الکلام فیما إذا تجرّدت الشهاده عن ذلک، بأن شهدت بالشراء لا غیر، ففی المسأله قولان، وکلاهما للشیخ قدّس سرّه، أوّلهما: عدم القبول وهو قوله فی (المبسوط) واختاره المحقق والأکثر کما فی (المسالک) . والثانی: القبول وهو قوله فی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۵.

(الخلاف) ووافقه العلامه فی (المختلف) (۱).

توضیح دلیل الأول هو: إن هذه الشهاده لا تدل علی الملکیه، لا بالمطابقه ولا بالإلتزام، أما مع إضافه الملکیه فالدلاله تامه بالإلتزام، ومع إضافه التسلیم توجد دلاله التزامیه علی أمر هو أماره علی الملک، لأن التسلیم أماره علی الید التی هی أماره علی الملکّیه.

وتوضیح دلیل الثانی هو: إن الشراء یکشف عن التصرف السابق الدالّ علی الملکیه، کما أن الید السابقه أماره علیها، إذ کما أن الظاهر من الید کونها أصاله لا نیابه ولا عدواناً، فکذا التصرّف بالبیع والشراء وإن لم یکن المال فی یده.

قلت: فرق بین « الید» و « التصرف» ، فإن الأول أماره علی الملک شرعاً وعقلًا، بخلاف الثانی، فقد یکون قوله « بعت» فی ملک غیره، وهذا القول وإن کان تصرّفاً لو صدر من المالک، لکنه بمجرده لا یترتب علیه أی أثر لا وضعی ولا تکلیفی فهو لغو.

فظهر مما ذکرنا: إن البحث هو فی دلاله هذه الشهاده علی الملکیه وعدم دلالتها، ولیس البحث مبنیاً علی ما ذکره صاحب (الجواهر) ، فلو قامت بینه علی شراء زید المال من عمرو فهی لیست بحجه، فلا ربط للبحث بالترجیح ومسأله الداخل والخارج، فتلک مسأله اخری، ولا وجه لبناء هذه المسأله علی تلک.

۱- ۱) المبسوط فی فقه الامامیه ۸: ۲۹۵، کتاب الخلاف ۶: ۳۴۵ المسأله ۵۱۹، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۱۷.

المسأله الثالثه: (حکم دعوی رقیّه الصغیر المجهول النسب)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « الصغیر المجهول النسب إذا کان فی ید واحد وادّعی رقیّته قضی بذلک ظاهراً، وکذا لو کان فی ید اثنین» (۱).

أقول: وجه الحکم برقیّه الصغیر للمدّعی هو: أن رقیّه هذا الصغیر أمر ممکن، والمدّعی لا معارض له فی دعواه، وهو ذو ید علیه، فیجب أن تسمع ویقضی له، - قال فی (الجواهر) - « بلا خلاف أجده فیه» (۲).

إنما الکلام فیما إذا کبر هذا الصغیر ونفی الرقیّه، فقد قیل: لا یسمع قوله، لعدم جواز نقض حکم الحاکم، وقیل: یسمع ویحلف المدّعی مع عدم البینه، وقیل: بل یسمع قوله فی حال الصغر أیضاً - لولا الإجماع - وإن هذا المورد یستثنی من قاعده حجیه قول المدّعی الذی لا منازع له، لنص خاص رواه الشیخ الکلینی قدّس سرّه عن عدّه من أصحابنا عن سهل بن زیاد، وعن علی بن إبراهیم عن أبیه جمیعاً عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن حمران بن أعین قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن جاریه لم تدرک بنت سبع سنین مع رجل وامرأه، ادّعی الرجل أنها مملوکه له وادّعت المرأه أنها ابنتها فقال: قد قضی فی هذا علی علیه السلام.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۶.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۷۶.

قلت: وما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلّهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالرق وهو مدرك. ومن أقام بينه على من ادّعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه ويكون له رقّاً.

قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادّعى أنها مملوكه له بينه على ما ادّعى، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب، دفعت الجاريه إليه، حتى تقيم المرأه من يشهد لها أن الجاريه ابنتها حرّه مثلها، فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل.

قلت: فإن لم يقم الرجل شهوداً أنها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنها ابنتها دفعت إليها، فإن لم يقم الرجل البينه على ما ادّعى ولم تقم المرأه البينه على ما ادّعت خلى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت» (١).

أقول: لا ريب فى أن اليد أماره الملكيه، وأن الناس يعاملون صاحب اليد معامله المالك لما فى يده، كما لا ريب فى قبول قول ذى اليد مع عدم المعارض والمنازع.

أما فى مورد دعوى الرقيّه، فإن الأصل هو حريّه الإنسان وعدم سلطنه أحد على أحد.

واليد إنما تكون أماره على الملكيه لما فى اليد، فيما إذا كان الشى الذى فى اليد قابلاً للملكيه، ومن هنا يشكل الحكم فى المائع المردّد بين كونه ممّا يقبل الملكيه كالخل أو ممّا لا يقبلها كالخمر بأنه خلٌّ استناداً إلى اليد.

وفى حجيه قول ذى اليد بالنسبه إلى الأعم من الملكيه وغيرها من

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٣/٩. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

الخصوصيات بحث، وإن كان قول الأكثر ذلك، لكن حجيه قوله من آثار حجيه اليد، ومع الشك فى قابليه الشى للملكيه يشكل ترتيب الأثر على قول ذى اليد، ولذا وقع الكلام فى ملكيه الكبير الساكت والمجنون، فقال بعضهم بعدم حجيه قول ذى اليد.

وبما ذكرنا ظهر عدم تماميه تقديم اليد على أصاله الحريّه من جهه تقديم الأماره على الأصل، فإن اليد أماره وحجه على الملكيه فيما يقبلها.

فيبقى الإجماع، لكن يحتمل كون مدركه قاعده اليد، فلا يمكن الاعتماد عليه.

فظهر أن الصحيح هو سماع دعوى الصغير فى حال صغره، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهه أخرى، فقد اشتمل على أنه إذا « لم تقم المرأه البينه على ما ادّعت خلّى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت» والحال أنه حيث أقرّت المرأه بكون الجاريه ابنتها، فقد وجب عليها نفقه الجاريه وإن لم يثبت النسب من جهه عدم البينه، ولعلّ هذا وجه إعراض الأصحاب عن هذا الخبر.

وأما إذا كبر الصغير فأنكر، فالحق سماع دعواه، فإن أقام بينه على أنه ابن فلان أو إنه لقيط فهو، وإلا حلف المدّعى، وإنما تسمع دعواه لأن كلّ دعوى يمكن أن تكون صحيحه فهى مسموعه.

لا يقال: بأنه يستلزم النقض.

لأنا نقول: بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقه التى حكم فيها الحاكم، وأما إقامه دعوى جديده فلا مانع منها ولا تكون نقضاً.

هذا كلّه فى الصغير.

حكم ما لو كان كبيراً.

قال المحقق: « أما لو كان كبيراً، وأنكر، فالقول قوله، لأن الأصل الحرّيه» (١).

أقول: إنه إذا ادّعى الرجل رقيّه كبير، فإن أنكر كان على الرجل المدّعى إقامه البينه، وحيث لا بينه فالقول قول الكبير، لأن الأصل الحرّيه.

وأما إذا اعترف بالرقيه وادّعى تحرير الرجل إيّاه، فلا تسمع هذه الدعوى إلا ببينه، وهو غير دعوى الحريّه من أول الأمر، وعلى هذا يحمل الأخبار الدالّه على جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحريه، فإنه مع عدم البينه لا تسمع ويبنى على رقيّته فيشترى.

وإن أقرّ، ترتب الأثر على إقراره، ولا فرق بين الإقرار لواحد أو لاثنين، فإنه يكون ملكاً لكليهما على الإشاعه.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى اثنان رقيّته فاعترف لهما قضى عليه، وإن اعترف لأحدهما كان مملوكاً له دون الآخر» (٢)لعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم، وربما يستدل له باعتبار قول ذى اليد بناء على كونه ذا يد على نفسه.

قال فى (الجواهر) بعد أن ذكر عدم وجدانه الخلاف فى هذا الحكم: « وحكى عن الشيخ فى مسأله دعوى العبد العتق والآخر الشراء فى إنكار كون العبد ذا يد على نفسه أنه قال: لأنه لو كان ذا يد لقبل إقراره بالملكيه لأحد المتنازعين فيه، ومقتضاه المفروغيه من عدم قبول إقراره، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه، بل ظاهر

١- ١) (و٢) شرائع الاسلام ۴: ١١۶.

٢- ٢)

الأدلّه خلافه.

وفی کشف اللثام: وإذا أقاما بینتین متعارضتین، فصـدّق أحـدهما خاصه، لم تترجـح به بینته، لأنه لا ید له علی نفسه، فإنه أن کان حرّاً فلاـ یـد له، وإن کان مملوکاً فلا یـد علیه إلا لمالکه (۱). وفیه: إنه منـاف لقبول إقراره بالرقیّه مع عـدم البینه الـذی اعترف به سابقاً، بل ظاهره الإجماع علیه، فتأمل» (۲).

أقول: یمکن أن یکون الشیخ وکـاشف اللثـام منکرین لعنوان کونه ذا یـد، لا أنهما مخالفان فی قبول هـذا الإقرار، لأنهما قالا بما قالاـ فی فرعین غیر هـذا الفرع الـذی نحن فیه، فالشیـخ لاـ یوافق فی تلک المسأله علی تأثیر ذاک الإقرار لکونه بعنوان ذی الیـد، وکـاشف اللثـام ینکر هناک أن یکون قول العبـد مرجّحاً لاحـدی البینتین لأنه لیس ذا یـد، والإقرار المجرّد لیس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود إشکال (الجواهر) ، وأنهما غیر مخالفین فی المقام، واللّه العالم.

ص:۷۴۱

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۲۰۳.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۷۹.

المسأله الرابعه: (حکم ما لو ادّعی اثنان کون الذبیحه له وفی ید کلٍّ بعضها)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعی کلّ منهما أن الذبیحه له وفی ید کلّ واحد بعضها، وأقام کلّ منهما بیّنه، قیل: قضی لکلّ منهما بما فی ید الآخر، وهو الألیق بمذهبنا» (۱).

أقول: إن کانت الذبیحه واحده، وقد وضع کلّ منهما یده علی طرف منها وأقام بینه علی أنها جمیعاً له، فالحکم هو التنصیف. وإن کان ما فی ید کلّ منهما منفصلاً عمّا فی ید الآخر، فعلی القول بتقدّم بینه الخارج - وهو الألیق بمذهبنا - یقضی لکلّ منهما بما فی ید الآخر، سواء کانا متساویین أو مختلفین فی المقدار. . .

ولو لم یکن لهما ید، فالحکم هو التنصیف.

قال المحقق: « وکذا لو کان فی ید کلّ واحد شاه، وادّعی کلّ منهما الجمیع وأقاما بینه، قضی لکلّ منهما بما فی ید الآخر» (۲).

أقول: وذلک لعدم الفرق بین هذا الفرع والفرع السابق علیه.

قال فی (الجواهر) : « ومما یتفرع علی ذلک أنه لو کان المتخاصمان فی بعض الذبیحه المنفصلین کافراً ومسلماً، حکم بکون ما یقضی به للکافر میته وللمسلم مذکی، وإن کان کلّ واحد من الجزئین انتزعه من الآخر، عملاً بظاهر الید المعتبره

۱- ۱) شرائع الاسلام ۴: ۱۱۶.

۲- ۲) شرائع الاسلام ۴: ۱۱۶.

شرعاً، ولا يقدح فی ذلک الید السابقه، بل لعلّ الحکم کذلک فی الجزئین المنفصلین، ضروره اتّحاد الملاک فیهما، کما تقدم الکلام فی ذلک فی قسم العبادات» (۱).

أقول: کیف یکون اللّحم الواحد الذی یملکه المسلم والکافر علی الإشاعه بعضه نجساً - وهو الذی کان فی ید الکافر - والبعض الآخر طاهراً وهو الذی کان فی ید المسلم؟ إن هذه الذبیحه إما میته نجسه کلّها وإما طاهره کلّها، فما ذکره رحمه اللّه مشکل، لا سیما فی المشاع.

نعم، یمکن معامله الطاهر مع ما یجیٔ من خارج بلاد المسلمین من الجلود، فیما إذا احتملنا إحراز البائع المسلم له بطهارته، أما فی مسألتنا هذه، فإن الذی بید المسلم مقطوع بکونه مأخوذاً من الکافر وإن أصبح ملکاً له الآن بعد المرافعه بحکم الحاکم، وعلی ما ذکرنا، فلو علمنا بکون اللّحم الموجود الآن بیدالکافر مذبوحاً بید المسلم حکمنا بطهارته.

فالحاصل: إنه علی أثر حکم الحاکم، یکون ما فی ید المسلم مختصاً له، وهذا هو القدر المتیقن، وأما ترتب أثر الطهاره أیضاً علی هذا الحکم والید الحاصله بعده، فمشکل جدّاً.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۸۰.

المسأله الخامسه: (لو تسلّم شيئاً بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعى شاه فى يد عمرو وأقام بينه فتسلّمها، ثم أقام الذى كانت فى يده بينه أنها له، قال الشيخ: ينقض الحكم وتعاد، وهو بناء على القضاء لصاحب اليد، والأولى أنه لا ينقض» (۱).

أقول: تاره يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم فى المرافعه السابقه، فهذه دعوى مسموعه، لأنه يدّعى ملكاً جديداً، فإن أقام بينه تقدّمت على بينه زيد لأن عمراً هو الخارج.

واخرى يقول: إنه فى الوقت الذى أقام زيد بينه لم تكن بيّنتى حاضره وهى الآن حاضره، فبناء على سماع هذه الدعوى إن كان الميزان فى الخارج والداخل حال إقامه عمرو البينه فزيد الداخل، وإن كان الميزان حال دعوى زيد فعمرو الداخل.

وقديدّعى كون الشاه له ويقيم البينه من غير تعرّض للدعوى السابقه، فإنه تسمع بيّنته بناء على سماع البينه بعد فصل الخصومه بالحكم، وتحمل على دعوى انتقال العين من زيد إلى عمرو، فتقدم بينه عمرو بناء على تقديم بينه الخارج.

وكيف كان، فإن لزم من سماع الدّعوى نقض الحكم، فلا تسمع، وفى أىّ صوره لم يلزم النقض فتسمع.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۶.

المسأله السادسه: (لو ادّعی داراً وادّعی آخر نصفها وأقاما البینه)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعی داراً فی ید زید وادّعی عمرو نصفها، وأقاما البینه، قضی لمدّعی الکلّ بالنصف لعدم المزاحم، وتعارضت البیّنتان فی النصف الآخر، فیقرع بینهما ویقضی لمن یخرج اسمه مع یمینه، ولو امتنعا من الیمین قضی بینهما بالسویّه، فیکون لمدّعی الکلّ ثلاثه أرباع ولمدّعی النصف الربع» (۱).

أقول: لو کانت دار فی ید شخص، فادّعی زید کلّ الدار ادّعی عمرو نصفها، ولم یصدّق من بیده الدار أحدهما، فمع وجود البینه بالتساوی - عدداً وعداله لکلیهما - یقضی لزید بالنصف المشاع من الدار، لأن المفروض أن عمراً لا یدّعی إلا نصف الدار، فزید فی نصفها مدّع بلا معارض، فیکون له کما هو الحال فی کلّ دعوی بلا معارض، لکن البیّنتین تتعارضان فی النصف الآخر، والحکم فی تعارض البینتین هو القرعه، فمن خرج اسمه قضی له مع یمینه، فإن امتنع حلف الآخر وأخذ، ولو امتنعا معاً من الیمین قضی فی النصف المتنازع فیه بالسویّه، فیکون نصفه لزید ونصفه الآخر لعمرو، فیکون لزید الذی ادّعی کلّ الدار ثلاثه أرباعها، ولعمرو الذی ادّعی نصفها ربعها.

وکذلک الحکم لو کانت الدار فی ید ثالث ولم یکن لأحدهما بینه، فإنه یقسّم النصف المتنازع فیه بینهما علی السویه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۶.

حكم ما لو ادّعيا ذلك ويدهما عليها مع البينه:

قال المحقق: « ولو كانت يـدهما على الدار وادّعى أحدهما الكلّ والآخر النصف، وأقام كلّ منهما بينه، كانت لمدّعى الكلّ، ولم يكن لمدعى النصف شيء، لأن بيّنه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله» (١).

أقول: وهـذا هو الفرع الثـالث فى المسـأله، وذلـك أن يـدّعى أحـدهما كـلّ الـدار والآخر النصف، وهما واجـدان للبينه وهى فى يـدهما لا فى يـد ثالث، فالمشـهور على أن الدار كلّها لمدّعى الكلّ وأنه ليس لمدّعى النصف شـيء منها، وذلك لأن المفروض خروج نصف الدار عن النزاع، فيكون النصف الذى بيد مدّعى الكلّ ملكاً له، لأنه مدّع بلا معارض بالنسبه إليه، وحيث أنه يدّعى النصف الآخر بيـد خصـمه، فهو بالنسـبه إلى ذاك النصف خارج والخصم داخل، ومذهب المشـهور تقديم بيّنه الخارج وسـقوط بينه الداخل، فيكون النصف الثانى له كالأول، فالدار كلّها له ولم يكن لمدّعى النصف شيء. . .

نعم، لو لم يكن لمدّعى الكلّ بيّنه، كان القول قول مدّعى النصف مع يمينه، فإذا حلف أبقى النصف فى يده، فتكون الدار بينهما نصفين. . .

هذا هو المشهور.

وعن ابن الجنيد: إنه يقتسمان الدار مع البينه وعدمها على طريق « العول» (٢)

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١۶.

٢- ٢) « العول» تقسـيم النقصان بالقدر المساوى على الشـركاء، وهو يذكر فى موارد منها، تركه الميت، ومنهاالمال الذى تعلق به حق الـديان، ومنها ما نحن فيه. مثلًا: إذا كان لأحـد الشـريكين فى ال (٢۶) ١٢ درهمـاً وللآخر (٢۴) فتلـف من المجموع (١٢) درهم، فإنه يقسّم هذا العدد التالف بينهما بالعدل، فيقال العدد يشـكل ثلث المجموع، فينقص من كلّ من الشريكين ثلث ما كان له، فيعطى لصاحب ال (١٢) ثمانيه، ولصاحب ال (٢۴) سته عشر درهماً.

فیجعل فی مفروض المسأله لمـدّعی الکلّ الثلثان ولمـدّعی النصف الثلث، وقد فرض رحمه اللّه المسأله فی ما لو کانت العین فی أیدی المتداعیین، لکن التأمّل فی کلامه المنقول فی (المختلف) یفید أنه لا یفرّق بین الصور فراجعه (1).

وفی (المسالک) لأن المنازعه وقعت فی أجزاء غیر معینه ولا مشار إلیها، بل کلّ واحـد من أجزائها لا یخلو من دعوی کلّ منهما باعتبار الإشاعه، فلا یتمّ ما ذکروه من خلوص النصف لمدّعی الکلّ بغیر منازع، بل کلّ جزء یدّعی مدّعی النصف نصـفه ومدّعی الکلّ کلّه، ونسـبه احـدی الـدعویین إلی الاخری بالثلث، فتقسم العین أثلاثاً، واحـد لمدعی النصف واثنان لمدّعی الکل، فیکون کضرب الدیان فی مال المفلس والمیت.

وفی (المختلف) وافق ابن الجنید علی ذلک مع زیاده المدعیین علی اثنین (2).

وقـال فی (الجواهر) : « یمکن أن یکون مبنی کلام ابن الجنیـد علی دعوی ظهور نصوص التنصـیف بعـد الإقراع وعـدم الیمین منهمـافی العول، ضـروره أن بینه کـلّ منهمـا تقتضـی الکـلّ وهمـا متعـذران فیحصـل النقصان علیهما، ومن هنا اتّجه التعـدیه إلی التثلیث لو کانوا ثلاثه والتربیع لو کانوا أربعه وهکذا، ولیس إلا لما ذکرنا.

1- 1) مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه 8: 470.

2- 2) مسالک الأفهام 14: 121 - 122.

ومنه مفروض المسأله التی لا ـ یمکن الجمع فیها بین بینه النصف مثلاً ـ وبین بیّنه الکلّ، فنقول فی النصف کما عالت فی الأول، فیوزع علیهما أثلاثاً، لأن نسبه الکلّ إلی النصف کذلک، فالعول عنده نحو العول فی الفرائض لولا نصوص أهل العصمه علیه السلام، لقضاء کلّ بینه مثلاً ـ بمقتضاها نحو قوله: للزوج النصف وللاختین من الأب الثلثان ومن الأم الثلث، لا مثل العول فی تزاحم الدیون علی الترکه الذی مرجعه عند التأمل أیضاً إلی ذلک» (۱).

أقول: إن الخلاف بین المشهور وابن الجنید یرجع إلی أن المشهور یقولون بتقسیم مدلول البینتین ومورد النزاع بینهما، وابن الجنید یقول بتقسیم مورد دعوی المدعیین وهو الکلّ من أحدهما والنصف من الآخر والمفروض هو الإشاعه، فیکون الحاصل عدم استثناء النصف بناء علی الثانی واستثناؤه بناء علی الأول، فالدلیل الأول لما ذهب إلیه ابن الجنید هو: الإشاعه فی الأجزاء، والثانی: ما ذکره صاحب (الجواهر) من دعوی ظهور نصوص التنصیف بعدالإقراع وعدم الیمین منهما فی العول.

قلت: أمّا الأول ففیه: إن تصرف أحد المالکین فی الملک المشاع یکون علی نحوین:

أحدهما: غیر جائز، وهو التصرف الخارجی، لتوقّفه فی کلّ جزء علی إذن الشریک.

والآخر: جائز بلا إذن منه، مثل أن یبیع نصفه المشاع.

وما نحن فیه ف وهو إثبات الملکیه بالبینه - کالبیع المذکور، فإنه لیس تصرّفاً

ص:۷۴۸

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۸۲.

فی مال الشریک.

وبعباره اخری: العوارض الخارجیه التی تعرض العین المملوکه علی الإشاعه، یتوقف إیرادها علی إذن الشریک، وأما العوارض التی تعرض الملکیه کالبیع فلا، وما نحن فیه من قبیل الثانی لا الأول، فیکون النصف المشاع - الذی لا معارض لمدّعی الکلّ بالنسبه إلیه - ملکاً له، ویقع التعارض بین البینتین فی النصف الآخر، فهو مورد النزاع، وطریق رفع هذا النزاع فی صوره تساوی البینتین تقسیمه بینهما بالتنصیف، کما إذا کان مورد النزاع عیناً منحازه یدّعیها کلّ واحد من المدعیین.

وأما الثانی ففیه - کما فی (الجواهر) إن محل النصوص حیث لا یسلم جزء من العین لا نزاع فی، أما فی المفروض فلا دلاله فیها علیه، بل لعلّ ظاهر مرسل ابن المغیره عن الصادق علیه السلام: « فی رجلین کان بینهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لی وقال الآخر: هما بینی وبینک، فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: أما الذی قال: هما بینی وبینک فقد أقرّ بأن أحد الدرهمین لیس له فیه شیء وأنه لصاحبه، ویقسم الآخر بینهما» (۱)خلاف ذلک، وکذا مرسل ابن أبی حمزه (۲)عنه أیضاً.

هذا، وقد فصّل المحقق العراقی فی المقام فقال: « لو ادّعی داراً فی ید زید بأجمعها وادّعی عمرو نصفها، فتاره: تکون دعوی التمام بسبب غیر قابل للتفکیک بین النصفین، واخری: علی نحو قابل للتفکیک بینهما من حیث الصدق والکذب،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸: ۴۵۰/۱. کتاب الصلح، الباب ۹.
۲- ۲) « فی رجلین کان بینهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لی، وقال الآخر: هما بینی وبینک. فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: قد أقرّ أن الدرهمین لیس له فیه شیء وأنه لصاحبه، وأما الآخر فبینهما» التهذیب ۶ / ۲۹۲.

فعلى الأول: تكون دعوى النصف مزاحمه لدعوى التمام دون الآخر، ولازمه حينئذ تزاحم بيّنتهما، وفى مثله لا مجال لتوهّم الأخذ بـالبينه بالنسـبه إلى النصف بلاـ معـارض، بـل ولاـ مجـال للأخـذ بـدعواه بملاك الـدعوى بلا معارض، لما عرفت من أن دعوى الملكيه على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره» .

أى: إن قال أحـدهما بأن هـذه الـدابّه نتجت عندى، أى كلّها لى، وقال الآخر: هى بيننا - أى على النصف - من جهه الإرث، فإذا أقامـا البينه على دعواهمـا كانت البينتان متعارضتين وليس فى البين قـدر متفق عليه بين الطرفين، وحينئـذ يحكم بينهما على طريق العول. نعم، إذا قال هذا: هى كلّها لى، فقال الآخر: قد بعتنى نصفها، فهنا لا نزاع فى أحد النصفين.

هذا توضيح ما ذكره.

لكن نقول: إن كـانت حجّيه البينه فى كتـاب القضـاء من بـاب الطريقيه إلى الواقع، فـإن البينه القـائمه على ملكيه النصف بالإرث تسـقط عن الطريقيه والكاشـفيه مع وجود المعارض، وهو البينه القائمه على ملكيه الكلّ بالنتاج، لكن البينه هنا جعلت حجه لأجل فصل الخصومه ورفع النزاع، فإذا أقامها أحدهما على ملكيه الكلّ والآخر على ملكيّه النصف، فقد جعل الشارع الحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، مع أن الحاكم يعلم علماً إجمالياً بكذب احدى البيّنتين.

وبمـا ذكرنا أجاب المحقق الآشتيانى (۱)عن توجيه صـاحب (الجواهر) لمـذهب ابن الجنيـد، بأن الطرفين مالكان لجميع الأجزاء على الإشاعه، فقال: بأن ما ذكره يتم بناء على الطريقيه، وأما بناء على السببيه فلا، فإن دليل حجيه البينه فى باب

۱- ۱) كتاب القضاء ۴۶۴.

القضاء يقتضی سببيه البينه فيحكم بحسبها حكماً ظاهريّاً، وعلى هـذا، فالنصف الـذی لا يـدّعيه أحـدهما يخرج عن محل النزاع وتكون بينه الآخر سبباً لملكيّته له، ويبقى النصف الآخر ويتعارض السببان فيه، فيقسّم بينهما بالتنصيف فيتم رأی المشهور.

وأجاب عن الدليل الأول: بأن مجرّد وقوع النزاع على سبيل الإشاعه الساريه فی جميع الأجزاء لا يقتضـی عدم سلامه جزء لمدّعی الكلّ، إذ كما يقال إن كلّ جزء يفرض من العين يريـد مدّعی النصف نصـفه، كذلك يقال إن كلّ جزء يريد مدّعی النصف من المجموع نصـفه ويبقى نصفه الآخر لمدّعی الكلّ بلا منازع، ومدّعی الكلّ وإن كان مقصوده رفع يد مدّعی النصف من كلّ جزء لكن بالنسبه إلى نصفه، فهو إنما يقيم البيّنه على المجموع من حيث اشتماله على المدّعی وهو النصف، لا أن يكون المقصود هو إثبات الكلّ من البينه من حيث الكلّ كما قد يتوهّم، فالتزاحم إنما وقع حقيقه بالنسـبه إلى نصف الكلّ، فلابدّ من الحكم بتقسيم البيّنتين بالنسبه إليه، فتقسم العين أرباعاً، ثلاثه أرباع لمدّعی الكلّ وواحد لمدّعی النصف.

حكم ما لو ادّعى أحدهم نصف الدار والآخر الثلث والثالث السدس ويدهم عليها

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس وكانت يدهم عليها، فيد كلّ واحد منهم على الثلث، لكن صاحب الثلث لا يـدّعی زياده على ما فی يـده، وصاحب السـدس يفضل فی يـده ما لا يـدّعيه هو ولا مـدّعی الثلث، فيكون لمدّعی النصف، فيكمل له النصف» (۱).

ص:۷۵۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۶.

أقول: الحكم فی هـذا الفرع واضـح، ولاـ فرق فی ذلـک بین إقامتهم البیّنه وعـدمها، ومن هنا قال المحقق: « وكـذا لو قامت لكلّ منهم بینه بدعواه» .

قـال فی (الجواهر) : « وكـأن المصـنف نبّه علی حكمهـا لمكـان خلاـف بعض العـامه فیها، حیث جعل مع إقامتهم البینه لمـدّعی النصف ثلثاً ونصف سـدس، بناء علی أن السـدس الزائد علی ما فی یده لا یدّعیه علی مدّعی السدس خاصه، بل إنما یدّعیه شائعاً فی بقیّه الدار وهی فی ید الآخرین جمیعاً، فنصفه علی مدّعی الثلث وعارضت فیه بیّنته وترجّحت بالید علی تقدیر إقامتهما البیّنه، وقـدّم قول ذی الیـد علی تقـدیر عـدمها، ونصـفه علی مدّعی السدس فیحكم به لمدّعی النصف ببیّنته، لأن بیّنه مدّعی السدس لا تعارضـها، فیجعل لمـدّعی النصف ثلث ونصف سـدس، وللآخرین مـدّعاهما، ویبقی بیـد مـدّعی السدس نصف سدس لا یدّعیه أحد» (۱).

وفیه: أولاً: إن هذا القول مبنی علی تقدیم بینه الداخل، وهو خلاف التحقیق.

وثانیاً: إن الـدعوی لیست علی الآخرین، بل إنه یدّعی كون نصف الدار له، وحینئذ، تكون ید ذی الید كالعدم، فلا ید حتی یقال بتقدم بینه ذی الید.

وثالثاً: إن صاحب السـدس یقرّ بعـدم ملكیته للقدر الزائد الذی فی یده، فلماذا لا یؤخذ منه ذلک لمدعی النصف الذی یدّعیه مع وجود البینه؟

حكم ما لو ادّعی أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث الثلث

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعی أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۴۸۸.

الثلث، ولا ـ بينه، قضى لكلّ واحد بالثلث، لأن يده عليه، وعلى الثاني والثالث اليمين لمدّعى الكلّ، وعليه وعلى مدّعى الثلث اليمين لمدعى النصف» .

أقول: فى هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدّس سرّه منها صورتين وصاحب (الجواهر) قدّس سرّه ثلاث صور:

فالصوره الاولى من الصورتين: أن لا ـ تكون لأحدهم بينه، والحكم فيها ما ذكره المحقق قدّس سرّه من أنه يكون لكلّ واحد منهم منا فى يده وهو الثلث، غير أن مدّعى النصف ومدّعى الثلث يحلفان لمدّعى الكلّ، لأن الخارج له – مع عدم البينه – حق اليمين على الداخل، كما أن لمدّعى النصف حق اليمين على مدّعى الثلث فى مقابل نصف السدس، وعلى مدّعى الكلّ فى مقابل النصف الآخر.

والصوره الثانيه منهما: أن يكون لكلّ منهم بينه. قال المحقق: « وإن أقام كلّ منهم بينه، فإن قضينا مع التعارض ببينه الداخل فالحكم كما لو لم تكن بينه، لأن لكلّ واحد بينه ويداً على الثلث.

وإن قضينا ببينه الخارج – وهو الأصح – كان لمدّعى الكلّ ممّا فى يده ثلاثه من اثنى عشر بغير منازع، والأربعه التى فى يد مدّعى النصف لقيام البينه لصاحب الكلّ بها وسقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بيّنه ذى اليد، وثلاثه مما فى يد مدّعى الثلث، ويبقى واحد مما فى يد مدّعى الكلّ لمدّعى النصف، وواحد مما فى يد مدّعى الثلث يدّعيه كلّ واحد من مدّعى النصف ومدّعى الكلّ، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له، فإن امتنعا قسّم بينهما نصفين.

فيحصل لصاحب الكلّ عشره ونصف، ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدّعى الثلث» (1).

١– ١) شرائع الإسلام ۴: ١١٧.

أى: إنه حيث يكون لكلّ منهم بيّنه مع اليد يحكم الحكم لكلّ بما فى يده، لكن بينه كلّ واحد منهم بالنسبه إلى ما يدّعيه مما فى يد الآخر بينه الخارج، فمدّعى النصف تتقدّم بيّنته فى نصف السدس فى يد مدّعى الكلّ فيأخذه، ثم إن مدّعى الكلّ يدّعى على مدّعى النصف فيأخذ منه الأربعه، ويدّعى على مدّعى الثلث كلّ ما فى يده، لكن مدّعى النصف يطالب بنصف السدس، فيقع التعارض فيه بين مدّعى الكلّ ومدّعى النصف فيقترع، فمن خرج اسمه وحلف أخذ، فإن امتنع فالآخر، وحيث يمتنعان عن اليمين فالتنصيف، فيكون لمدّعى الكلّ من الاثنى عشر (۵/۱۰) ولمدّعى النصف (۵/۱) ولا شىء لمدّعى الثلث لسقوط دعواه من جهه كون بينته داخله، وقد ذكرنا أنها لا تؤثر مع وجود الخارج.

وأما الصور الثلاث التى ذكرها صاحب (الجواهر) :

فالاولى: أن يكون لمدّعى الكلّ فقط بينته، وحينئذ، فهو خارج بالنسبه إلى ما فى يد الآخرين، فيحكم له ببينه ويكون الكلّ له.

والثانيه: أن يكون لمدّعى الثلث فقط بينه، وحينئذ، يأخذ ما فى يده من غير يمين إن قلنا بكفايه البينه عنه. وفى (كشف اللثام) : « أخذه - أى الثلث - الذى بيده أو الذى بأيدى الباقين» والباقى يكون بين الآخرين، لمدّعى الكلّ السدس من الباقى بغير يمين لعدم المنازع له فيه، ويحلف على السدس الآخر الذى يدّعيه الآن مدّعى النصف عليه، كما أن مدّعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين لمدّعى الكلّ الذى يدّعيهما عليه.

والثالثه: أن يكون لمدّعى النصف فقط بينه، فإنه يأخذ من كلّ من الآخرين نصف سدس، فيتمّ له مع ما فى يده النصف الذى يدّعيه، ثم إن النصف الباقى يقسّم بين الآخرين بالتساوى، فيكون لكلّ منهما سدس ونصف، أى لكلٍّ (۳) من (۱۲)

قاله فی (الجواهر) (۱).

وفیه: إنه بعد ما أخذ مدّعی النصف نصفه، یکون السدس من النصف الباقی خارجاً عن النزاع، فیکون لمدّعی الکلّ، ویبقی النزاع فی السدسین الباقیین وهی الأربعه التی بید مدعی الثلث، فإن کلّاً من مدّعی الکلّ ومدّعی الثلث یدّعیه، وحیث لا بینه یقسّم بینهما بالتنصیف، فیتحصل من ذلک أنه یعطی لمدّعی النصف (۶) ولمدّعی الکلّ (۴) ولمدّعی الثلث (۲) ، فما ذکره قدّس سرّه لا یتم علی مذهب المشهور ولا علی مذهب ابن الجنید.

وقال کاشف اللثام: إنه بناء علی عدم سماع بینه الداخل، یأخذ مدّعی النصف إن أقام البینه ثلاثه من مدّعی الکلّ، وثلاثه من مدّعی الثلث، ویرفع الید عن الثلث - أی الأربعه - الذی فی یده لهما.

وکذا قال فیما لو أقام مدّعی الثلث البینه وأسقطنا بیّنه الداخل.

لکنّ القدر المتیقن من تقدّم الخارج علی الداخل هو أن یکون الشیء المتنازع فیه مفروزاً غیر مشاع، وأما فیما نحن فیه، تکون الدعوی علی الحق المشاع فی مورد الدار، قال فی (الجواهر) : وقد یناقش فیه بأنه لا یتم ذلک فی المشاع، بل مناف لما تسمعه من إقامه کلّ منهم البینه المنزّله علی ما فی یده إلا ما زاد علیه، علی أن البینه لا تزید علی إثبات المشاع الذی کانت تقتضیه الید، وکأن الذی أحوجه إلی ذلک ذکرهم البینه هنا. وظاهرهم عدم الإحتیاج معها إلی یمین، مع معروفیّه تقدیم بینه الخارج عندهم، کمعروفیه عدم الإکتفاء بها عن الیمین فی الداخل، ومع هذه المقدمات یقتضی تنزیل مفاد البینه علی الخارج بالتقریر الذی ذکره.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۸۹.

إلاـ أن ذلک کلّه کما تری، بل کلام الأصحاب فیما لو أقام کلّ منهم البینه کالصریح فی خلافه، فلا محیص عن حمل کلامهم هنا علی تقدیر تقدیم بینه الداخل أو علی الاکتفاء بها عن الیمین، أو التزام الیمین علی ما فی الید، فتأمل (۱).

أقول: لعلّ وجهه: إن وجود الفرق بین الأجزاء المشاعه والأجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح، لأنه فی المشاع لما یضع الثلاثه أیدیهم یکون بید کلّ ثلث عرفاً، إلاـ أنه لاـ یملک کلّ واحد ما کان تحت یده، بل تعتبر السلطنه لکلّ علی الثلث المشاع، ویعرض کلّ ثلث ما یعرض المشاع، کجواز بیع السهم المشاع فی کلّ الأجزاء. فمن قال بحجیّه بینه ذی الید فدلیله العمومات وهی هنا تتقدّم بتأیّدها بالید، ومن قال بتقدم بینه الخارج فدلیله التفصیل فی الحدیث، لکونه قاطعاً للشرکه.

لکن الملاک الموجود فی الجزء المنحاز موجود فی هذا المقام، فیکون جواب (الجواهر) عن کلام کاشف اللثام فیه تأمل، أی، یمکن أن یقول العلماء فی الثلث المشاع کقولهم فی المنحاز، لوحده الملاک.

ولو کانت یدهم جمیعاً خارجه، واعترف ذو الید بأنه لا یملکها ولا بینه، فللمستوعب النصف، لعدم المنازع له فیه من کلّ من مدّعی النصف والثلث، ویقرع فی النصف الآخر، فإن خرجت لمدّعی الکلّ أو للثانی حلف وأخذ، وإن خرجت للثالث حلف وأخذ الثلث، ثم یقرع بین الآخرین فی السدس، فمن خرج حلف وأخذ.

ولو أقام أحدهم خاصّه بینه، فإن کانت لمدّعی الکلّ أخذ الجمیع، وإن

ص:۷۵۶

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۸۶.

أقامها مـدّعى النصف أخـذه، ويبقى لمـدّعى الكلّ السـدس بغير منازع، والثلث يتنازع فيه مع مدّعيه، والحكم فيه كما لو لم تكن بينه، ولو أقامها مدّعى الثلث أخذه ولمدّعى الكلّ السدس أيضا بغير منازع، والنصف يقرع فيه بين مدّعيه ومدّعى الكلّ.

وإن أقام كلّ منهم بينه وتساوت، فالنصف لمـدّعى الكلّ، لعـدم المنازع له فيه، والسـدس الزائـد على الثلث يتنازعه مـدّعى الكلّ ومـدّعى النصف، وقـد تعـارضت فيه بيّنتاهمـا، والثلث يـدّعيه الثلاثه وقـد تعارضت فيه البينات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن خرج اسـمه حلف وأخـذ، وإن نكلوا اقتسـموا المتنازع فيه، فيقسم مـدّعى الكلّ ومـدّعى النصف السدس بينهما نصـفين، لأنهمـا يتنازعـان فيه، دون مـدّعى الثلث، وأمـا الثلث فيقتسـمونه أثلاثـاً بينهم، فيكون لمـدّعى الكـلّ النصف بلاـ منازع ونصف السدس وثلث الثلث ولمدّعى النصف ثلث الثلث ونصف السدس، ولمدّعى الثلث ثلث الثلث خاصه وهو التسع.

وتصح فى سته وثلاثين، للمستوعب خمسه وعشرون: ثمانيه عشر بلا نزاع، وثلاثه نصف السدس الزائد، وأربعه ثلث الثلث.

ولمدّعى النصف سبعه: ثلاثه نصف السدس، وأربعه ثلث الثلث.

ولمدّعى الثلث أربعه، ثلث الثلث.

وأما على العول الـذى ذهب إليه ابن الجنيـد فتصـح فى أحـد عشـر: لمـدّعى الكلّ سـته، ولمـدّعى النصف ثلاثه، ولمدّعى الثلث ثلثان، لأن فريضتهم من سته، ويعال عليها نصفها وثلثها.

حكم ما لو كانت فی يد أربعه. . .

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو كانت فی يد أربعه، فادّعی أحدهم الكلّ والآخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث، ففی يد كلّ واحد ربعها، فإن لم تكن بينه قضينا لكلّ واحد بما فی يده، وأحلفنا كلّاً منهم لصاحبه» (۱).

أقول: أی: أنه فی صوره عـدم البينه لمّا كان لكلّ واحد منهم يد علی ربع العين، فإن اليد مع اليمين حجه، فحجه كلّ واحد منهم حينئذ معارضه بحجّه الآخر، فلا شیء لأحدهم بلا منازع.

قال: « ولو كانت يدهم خارجه ولكلّ بينه، خلص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له» (۲).

أقول: قال فی (الجواهر) : مع تداخل الدعاوی بعضـها فی بعض وإراده القضاء فيها أجمع، لا أن له ذلك علی كلّ حال، حتی لو أراد رفع اليد عن الدعوی أو كانت الدعاوی مترتبه وكان القضاء بين كلّ واحده مع الاخری مستقلاً، إلا مع إقرار المدّعی بالثلث مثلاً أن له ذلك فی النصف المدّعی به مثلاً (۳).

قال: « ويبقی التعارض بين بينه مدّعی الكلّ ومدّعی الثلثين فی السدس، فيقرع بينهما فيه» (۴).

أقول: قـد عرفت مراراً أن القرعه تكون مع تساوی البينتين عـدداً وعداله، وحينئذ فمن خرج اسـمه حلف وأخذ وإلا حلف الآخر، فإن امتنعا قسّم بينهما نصفين.

ص:۷۵۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۷.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۷.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۴۸۹.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۷.

قال: « ثم يقع التعارض بين بينه مدّعى الكلّ ومدّعى الثلثين ومدعى النصف فى السدس أيضاً، فيقرع بينهم فيه» (۱).

أى: على ما تقدم من اشتراط التساوى. . .

قال: « ثم يقع التعارض بين الأربعه فى الثلث فيقرع بينهم، ويختص به من تقع القرعه له، ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلا مع اليمين» .

فإن قيل: إذا كان المرجع هو القرعه، فإن من الممكن أن تخرج القرعه لمدّعى الكلّ فى كلّ مره.

فأجاب المحقق قدّس سرّه بقوله: « ولا يستعظم أن يحصل بالقرعه الكلّ لمدّعى الكلّ، فإن ما حكم اللّٰه تعالى به غير مخطئ» .

قال: « ولو نكل الجميع عن الأيمان، قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كلّ مرتبه بالسويه» .

هذا هو الحكم فى كيفيه القسمه.

قال: فتصح القسمه من سته وثلاثين سهماً:

« لمدّعى الكلّ عشرون» اثنا عشر بلا نزاع، وثلاثه نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدّعى الثلثين، واثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً ومع مدّعى النصف، وثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمدّعى الثلثين ثمانيه» ثلاثه نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدّعى الكلّ، واثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً ومع مدّعى النصف، وثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۷.

« ولمـدّعى النصف خمسه» اثنان ثلث السـدس الذى تنازع فيه مدعى الجميع ومدعى الثلثين، وثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمـدّعى النصف خمسه» اثنـان ثلث السـدس تنـازع فيه مـدّعى الجميع ومـدّعى الثلـثين، وثلاـثه ربع الثلث الـذى تنـازع فيه مع الجميع.

« ولمدّعى الثلث ثلاثه» ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

هذا إن أقام كلّهم بينه.

وإنْ أقام أحدهم فقط بينه حكم له.

هذا كلّه مع خروج المدّعى به عن أيديهم.

قال المحقق: « ولو كان المدّعى فى يد الأربعه، ففى يد كلّ واحد ربعها، فإذا أقام كلّ واحد منهم بينه بدعواه، قال الشيخ: يقضى لكلّ واحد بالربع، لأن له بينه و يداً» (١).

أى: بناء من الشيخ على تقديم بينه الداخل على الخارج.

« والوجه: القضاء ببينه الخارج على ما قررناه» فيما سبق.

وعلى المختار: « فيسـقط اعتبار بينه كلّ واحـد بالنظر إلى ما فى يـده، ويكون ثمرتها فيما يـدّعيه مما فى يد غيره، فيجمع بين كلّ ثلاـثه على مـا فى يـد الرابع وينتزعه لهم، ويقضـى فيه بالقرعه واليمين، ومع الامتناع بالقسـمه، فيجمع بين مـدّعى الكلّ والنصـف والثلث على ما فى يد مدّعى الثلثين، وذلك ربع اثنين وسبعين» .

لأنا نريد عدداً لربعه ثلث وتسع ولتسع ربعه نصف، والاثنان والسبعون كذلك.

ص:٧۶٠

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١١٨.

« وهو» أی الربع ثمانیه عشر.

فمدّعی الکلّ یدّعیها أجمع، ومدعی النصف یدعی منها سته، ومدّعی الثلث یدّعی اثنین.

وعلی هـذا: « فتکون عشره منها لمـدّعی الکلّ لقیام البینه بالجمیع الذی تدخل فیه العشـره، ویبقی ما یدّعیه صاحب النصف وهو سته یقرع بینه وبین مـدّعی الکـلّ فیهـا ویحلف» أی من خرج اسـمه ویأخـذ، وإن امتنع حلف الآـخر وأخـذ « ومع الامتناع یقسّـم بینهما» نصفین کما عرفت.

« ومـا یـدعیه صـاحب الثلث وهو اثنـان یقرع علیه بین مـدّعی الکلّ وبینه، فمن خرج اسـمه اُحلف واُعطی، ولو امتنعا قسّم بینهما» نصفین کما عرفت.

« ثم یجمع دعوی الثلاثه علی ما فی ید مدعی النصف، فصاحب الثلثین یدّعی علیه عشـره» وذلک، لأنه یدّعی الثلثین وهو ثمانیه وأربعون – من الاثنین والسبعین – وبیده ثمانیه عشر، فالباقی له ثلاثون، علی کلّ من الثلاثه الآخرین عشره.

« ومـدعی الثلث یـدّعی اثنین، ویبقی فی یـده» أی فی یـد مـدّعی النصف وهو الثمانیه عشـر « سته لا یـدّعیها إلا مدّعی الجمیع، فتکون» أی السته « له» أی لمدّعی الکلّ، لقیام البینه علی الجمیع الذی تدخل فیه « ویقارع الأخیرین» أی فی العشره والاثنین « ثم یحلف» من یخرج اسـمه ویأخـذ وإلا فالآخر « وإن امتنعوا أخـذ نصف ما ادّعیاه» من کلّ واحـد منهما، فیأخذ من العشـره خمسـه ومن الاثنین واحداً.

« ثم یجتمع الثلاثه علی ما فی یـد مـدّعی الثلث وهو ثمانیه عشـر، فمـدّعی الثلثین یدّعی منه عشـره، ومدّعی النصف یدّعی سـته، ویبقی اثنان لمدّعی الکل

ويقارع على ما أفرد للآخرين، فإن امتنعوا عن الأيمان قسّم ذلك بين مدّعى الكل وبين كلّ واحد منهما بما ادّعاه» .

« ثم تجتمع الثلاثه على ما فى يـد مـدّعى الكل» وهو ثمانيه عشـر « فمـدّعى الثلثين يـدّعى عشـره، ومـدّعى النصف يـدّعى سـته، ومدّعى الثلث يدّعى اثنين، فتخلص يده عمّا كان فيها» لأن ذلك تمام ثمانيه عشر.

« فيكمل لمدّعى الكلّ سـته وثلاثون من أصل اثنين وسـبعين» وذلك أربعه عشـر مما فى يد مدّعى الثلثين، واثنا عشـر مما فى يد مدّعى النصف، وعشره ممّا فى يد مدّعى الثلث.

« ولمـدّعى الثلثين عشـرون» وذلك خمسه مما فى يـد مدّعى النصف وخمسه اخرى مما فى يد مدّعى الثلث، وعشـره مما فى يد مدّعى الكلّ.

« ولمدّعى النصف اثنا عشر» وذلك ثلاثه مما فى يد مدّعى الثلثين وثلاثه اخرى مما فى يد مدّعى الثلث، وسته مما فى يد مدّعى الكلّ.

« ولمدّعى الثلث أربعه» ، وذلك اثنان مما فى يد مدّعى الكل، واثنان مما فى أيدى الباقين.

« هذا إن امتنع صاحب القرعه عن اليمين ومنازعه» (۱)وإلا كان الحاصل غير ذلك.

هذا إن أقام كلّ منهم بينه.

ولو أقام أحدهم خاصه بينه حكم له كما هو ظاهر.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۹. وفيه: من اليمين ومقارعيه.

المسأله السابعه: (حكم تداعی الزوجین متاع البیت)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا تداعی الزوجان متاع البیت قضی لمن قامت له البینه، وإن لم تکن بینه فید کلّ واحد منهما علی نصفه. قال فی المبسوط: یحلف کلّ منهما لصاحبه. . . وقال فی الخلاف: ما یصلح للرجال للرجل وما یصلح للنساء للمرأه وما یصلح لهما یقسّم بینهما، وفی روایه إنه للمرأه. . . وما ذکره فی الخلاف أشهر فی الروایات وأظهر فی الأصحاب» (۱).

أقول: إذا تداعی الزوجان متاع البیت، بأن ادّعی کلّ منهما ملکیه المتاع الموجود فی بیتهما، فإما تکون بینه وإما لا تکون، فإن کانت، قضی بالمتاع لمن قامت له البینه، سواء کان الرجل أو المرأه، بلا خلاف کما فی (الجواهر) عن (الریاض) .

وإن لم تکن بینه، فید کلّ واحد من الزوجین تکون علی نصف المتاع الذی فی یدهما، لکن کلًا منهما یدّعی النصف الآخر فما هو الحکم؟

فی المسأله ثلاثه أقوال أو أربعه، ومنشأ تعدد الأقوال والخلاف بین الأصحاب، هو اختلاف أخبار المسأله، والأقوال ثلاثه منها للشیخ:

فالأول: إنه یحلف کلّ منهما للآخر، کغیر المتاع من الأشیاء حیث یتداعی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۱۹.

فيه اثنان أو أكثر، مع كون الشی فی أيديهما « سواء كان مما يختص بالرجال أو النساء أو يصلح لهما، وسواء كانت الدار لهما أو لأحدهما، وسواء كانت الزوجيه باقيه أو زائله، ويستوى فی ذلک تنازع الزوجين والوارث» وهذا ما قاله الشيخ فی (المبسوط) (۱)وتبعه العلّامه فی (القواعد) ، وفخر المحققين فی (الإيضاح) كما فی (الجواهر) ، وقد أشرنا إلى دليله.

والثانی: إن ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأه وما يصلح لهما يقسم بينهما، وهذا ما قاله الشيخ فی (الخلاف) وتبعه العلامه فی (التحرير) ، والشهيد فی (الدروس) ، بل فی (المسالک) نسبته إلى الأكثر، بل عن (الخلاف) (۲)و (السرائر) الإجماع عليه.

ويدل عليه – مع الإجماع المذكور – عدّه أخبار، عمدتها صحيح النخاس الآتی.

والثالث: إن المتاع كلّه للمرأه « لأنها تأتی بالمتاع من أهلها» وهذا ما أفتى به الشيخ فی (الإستبصار) (۳)كما فی (الجواهر) ، ويدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الآتی.

فهذه ثلاثه أقوال، وقد اختار المحقق هنا وفی (النافع) (۴)القول الثانی منها، ونسبه فی (نكت النهايه) إلى المشهور.

۱- ۱) المبسوط فی فقه الاماميه ۸: ۳۱، قواعد الأحكام ۳: ۴۷۰، إيضاح الفوائد ۴: ۳۸۰.
۲- ۲) كتاب الخلاف ۶: ۳۵۲ مسأله ۲۷، السرائر فی الفقه ۲: ۱۹۳، تحرير الأحكام ۵: ۲۰۸، الدروس الشرعيه ۲: ۱۱۱.
۳- ۳) الاستبصار ۳: ۴۷.
۴- ۴) المختصر النافع: ۲۸۵، نكت النهايه ۲: ۸۳.

وعن العلامه فی (المختلف) الرجوع فی المسأله إلی العرف والعاده حیث قال: « والمعتمد أن نقول: إنه إن کان هناک قضاء عرفی یرجع إلیه ویحکم به بعد الیمین، وإلا کان الحکم فیه کما فی غیره من الدعاوی. . .

لنا: إن عاده الشرع فی باب الدعاوی بعد الاعتبار والنظر راجعه إلی ما ذکرنا، ولهذا حکم بقول المنکر مع الیمین بناء علی الأصل، وبأن المتشبث أولی من الخارج، لقضاء العاده بملکیه ما فی ید الإنسان غالباً، وحکم بإیجاب البیّنه علی من یدّعی خلاف الظاهر والرجوع إلی من یدّعی الظاهر، وأما مع انتقاء العرف فلتصادم الدعویین مع عدم الترجیح لأحدهما فتساویا فیها. . .

واعلم أن ما رواه الشیخ من الأحادیث یعطی ما فصّلناه نحن أولاً، ویدل علیه حکمه علیه السلام بأن العاده قاضیه بأن المرأه تأتی بالجهاز من بیتها فحکم لها به، وإن العاده قاضیه بأن ما یصلح للرجال خاصه فإنه یکون من مقتضیاته دون مقتضیات المرأه، وکذا ما یصلح للمرأه خاصه یکون من مقتضیاتها دون مقتضیات الرجل، والمشترک یکون للمرأه، قضاءاً لحق العاده الشائعه، ولو فرض خلاف هذه العاده فی وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم یحکم لها» (۱).

وهذا الذی ذکره العلامه جعله فی (المسالک) قولاً رابعاً فی المسأله، لکن صاحب (الجواهر) أرجعه إلی القول الثانی، فقال بعد أن أورد عباره (المختلف) : « إن مبناه أوّلاً وآخراً الرجحان الناشیء من العاده ولو لکون الشیء لا یصلح إلا لأحدهما فإن العاده قاضیه بذلک، فمرجع کلام المشهور حینئذ إلی ذلک، خصوصاً بعد تصریح ابن ادریس - الذی قد عرفت دعواه الإجماع علی ذلک فیما حکی عنه -

---

۱- ۱) مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه ۸: ۴۱۱.

بذلک» (۱).

وفی (الجواهر) عن (التنقیح) إنه بعد أن اختار القول الأول قال: « لتکافؤ الدعویین من غیر ترجیح، ولأن الحکم بما یصلح له لو کان حقاً لزم الحکم بمال شخص معین لغیره لکونه صالحاً لذلک الغیر، وهو باطل. بیان اللزوم: إنه جاز أن یموت للمرأه أب أو أخ فترث منه عمائم وطیالسه ودروعاً وسلاحاً، وتموت للرجل اُم أو اُخت فیرث منها حلیّاً ومقانع وقمصاً مطرزه بالذهب، ویکون ذلک تحت أیدیهما، فلو حکم لکلّ بما یصلح له لزم الحکم بمال الإنسان لغیره.

لا یقال: قال النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: نحن نحکم بالظاهر، واللّه أعلم بالسرائر، وما ذکرنا هو الظاهر.

لأنا نقول: نمنع أن ذلک هو الظاهر، لأن الظاهر راجح غیر مانع من النقیض، ومع ما ذکرنا من الاحتمال لا رجحان.

وأما ما ذکره العلامه من العرف، فممنوع، لأنه لو کان قاعده شرعیه لزم الحکم بذلک فی غیر الزوجین لو حصل التداعی بین رجل وامرأه فی متاع هذا شأنه، وهو باطل» (۲).

أقول: أما منعه کون الظاهر ذلک فممنوع، وکذا منعه ما ذکره العلامه، والالتزام بما ذکره من اللازم غیر بعید.

وأما إشکال (الجواهر) علی قول العلامه بأن « کلامه عند التأمل فی غایه البعد، إذ حاصله استفاده الحکم الشرعی من الحکم العادی، وهو واضح الفساد،

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۴۹۷.

۲- ۲) التنقیح الرائع فی شرح مختصر الشرائع ۴: ۲۷۸ - ۲۷۹. جواهر الکلام ۴۰: ۴۹۸.

ضروره عدم مدخليه للعاده فى الأحكام الشرعيّه. . . وبالجمله: كلامه لا يرجع إلى حاصل ينطبق على القواعد الشرعيه الموافقه لاصول الإماميه، وإن مال إليه جماعه ممن تأخّر عنه» (۱).

ففيه: إنه إن كان مراد العلامه كون السيره العقلائيه على ذلك، وأنها حجه مع عدم الردع، فيجوز الرجوع إليها والتعويل عليها، فالإشكال غير وارد، بل قوله عليه السلام « قد علم من بين لابتيها. . .» (۲)يقتضى الإمضاء، فما المانع من أن يكون المتعارف هنا حجه؟

وأما أخبار المسأله، فقد عرفت أن عمدتها صحيح النخاس الدالّ على القول الثانى، وهو عن الصادق عليه السلام إنه قال « إذا طلّق الرجل امرأته وفى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، وما يكون للرجال والنساء يقسّم بينهما. قال: وإذا طلّق الرجل المرأه فادّعت أن المتاع لها، وادّعى الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجل ولها ما للنساء» (۳).

وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج الدالّ على القول الثالث، قال: « سألنى أبو عبد اللّه عليه السلام كيف قضى ابن أبى ليلى؟ قلت: قد قضى فى مسأله واحده بأربعه وجوه، فى التى يتوفّى عنها زوجها فيجئ أهله وأهلها فى متاع البيت، فقضى

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۵۰۰.

۲- ۲) تهذيب الأحكام ۶: ۲۹۷/۸۲۹.

۳- ۳) وعن أبى عبد اللّه عليه السلام فى امرأه تموت قبل الرجل أو رجل يموت قبل المرأه. قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأه وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له. وعن زرعه عن سماعه قال: « سألته عن رجل يموت، ماله متاع البيت؟ قال: السيف والسلاح والرجل وثياب جلده» وسائل الشيعه ۲۶: ۲۱۶/۴. أبواب ميراث الازواج، الباب ۸.

فیه بقول إبراهیم النخعی: ما کان من متاع الرجل فللرجل، وما کان من متاع النساء فللمرأه، وما کان من متاع یکون للرجل والمرأه قسّمه بینهما نصفین.

ثم ترک هذا القول فقال: المرأه بمنزله الضیف فی منزل الرجل، لو أن رجلا أضاف رجلاً فادّعی متاع بیته کلّف البینه، وکذلک المرأه تکلّف البینه، وإلا فالمتاع للرجل.

ورجع إلی قول آخر فقال: القضاء أن المتاع للمرأه إلا أن یقیم الرجل البینه علی ما أحدث فی بیته.

ثم ترک هذا القول، ورجع إلی قول إبراهیم الأول.

فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: القضاء الأخیر وإن کان رجع عنه، المتاع متاع المرأه إلا أن یقیم الرجل البینه، قد علم من بین لابتیها یعنی: بین جبلی منی - إن المرأه تزفّ إلی بیت زوجها بمتاع - ونحن یومئذ بمنی -» (1).

ووجه الجمع بینهما: إن دعوی الرجل ملکیه ما یصلح للرجل تحتاج إلی إثبات، لأن المتاع الذی تأتی المرأه به إما ملک لها وإما باق علی ملک أبیها، فلو ادّعی التملیک له بهبه أو نحوها کان علیه الإثبات.

ولا یمکن تقیید ملکیه المرأه أو أبیها بغیر ما یصلح للرجل، لکن العکس صحیح بأن نقول: کلّ ما یصلح للرجال فللرجل، إلا إذا کانت المرأه قد جاءت به من بیت أهلها.

وأما قوله علیه السلام فی ذیل خبر النخّاس: « ومن استولی علی شیء فهو له» فیمکن أن یکون المراد منه نفس المراد من صدره، أو یراد منه أمر آخر، وهو

1- 1) تهذیب الأحکام ۶: ۲۹۸ وانظر ما بعده.

أنه لو كان بعض المتاع بيد أحدهما خاصه فهو له، فيكون حاصل الجمع: إن ما كان تحت يد أحدهما الخاصه دون اليد البيتيه فهو له، ثم يقضى فى الباقى بكون ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للمرأه فلها، والمشتركات تقسّم، والأقرب ظهوره فى هذا المعنى.

وهذا الذى ذكرناه فى الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف والعاده.

وهذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثه أحدهما مع الآخر.

حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع

قال المحقق: « ولو ادّعى أبو الميته أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره، كُلّف البينه كغيره من الأنساب» (١).

أى: لعمومات البينه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه.

قال: « وفيه روايه بالفرق بين الأب وغيره ضعيفه» (٢).

أقول: هى ضعيفه عند المحقق، وذلك على احتمال فى (الكافى) و (التهذيب) ، وهى فى (الفقيه) صحيحه جزماً على ما قيل كما فى (الجواهر) (٣).

وهى روايه جعفر بن عيسى قال: « كتبت إلى أبى الحسن - يعنى: على بن محمد - المرأه تموت فيدّعى أبوها أنه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٢٠.
٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٢٠.
٣- ٣) جواهر الكلام ۴٠: ۵٠١. الكافى ٧: ۴٣١/١٨. تهذيب الأحكام ۶: ٢٨٩/٨٠٠. من لا يحضره الفقيه ٣: ١١٠/٣۴٢٩.

وخدم، أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب إليه عليه السلام: يجوز بلا بينه.

قال: وكتبت إليه: إن ادّعى زوج المرأه الميته أو أبو زوجها أو اُم زوجها فی متاعها وخدمها مثل الذی ادّعى أبوها من عاريه بعض المتاع والخدم، أيكون فی ذلک بمنزله الأب فی الدعوى؟ فكتب: لا» (۱).

وقد أطنب ابن ادريس فی ردّها بوجوه، فقال ما نصّه: « ولقد شاهدت جماعه من متفقهه أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلک، وأن أبا الميته لو ادّعى كلّ المتاع وجميع المال كان قوله مقبولاً بغير بينه، وهذا خطأ عظيم فی هذا الأمر الجسيم، لأنهم إن كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه:

أحدها: إنه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصّلی أصحابنا، على ما كرّرنا القول فيه وأطلقناه.

والثانی: إن من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلک ولا يعمل به إلا إذا سمعه من الراوی من الشارع.

ص:۷۷۰

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹/۱. أبواب كيفيه الحكم الباب ۲۳. عن الكلينی عن محمد بن جعفر الكوفی يعنی الأسدی عن محمد بن إسماعيل عن جعفر بن عيسى. قال: ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يعقوب. ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى. فأما احتمال الضعف فی طريق الكافی والتهذيب فالظاهر أنه من جهه « محمد بن إسماعيل وهو البرمكی» بناء على اعتبار جرح ابن الغضائری لكن عن النجاشی: « ثقه مستقيم» . وأما الجزم بصحه طريق الفقيه، فإنّ إسناد الصدوق إلى محمد بن عيسى - وهو « ابن عبيد» - صحيح، وأن هذا الرجل ثقه عند النجاشی، وقوله مقدّم على قول الشيخ لدى التعارض، إن لم يسقط تضعيف الشيخ هنا لابتنائه على ما ذكره شيخنا الجد المامقانی، وإن أخاه « جعفر بن عيسى» ثقه. . .

والثالث: إن الحديث ما فيه إنه ادّعى أبوها جميع متاعها وخدمها، وإنما قال لبعض ما كان عندها، ولم يقل لجميع ما كان عندها.

ثم إنه مخالف لأصول المـذهب ولما عليه إجماع المسـلمين أن المـدّعى لا يعطى بمجرد دعواه. . . ثم لم يورد هـذا الحديث إلا القليل من أصـحابنا، ومن أورده فى كتابه لا يورده إلا فى باب النوادر، وشـيخنا المفيد وسـيدنا المرتضى لم يتعرّضا له ولا أورداه فى كتبهمـا، وكـذلك غيرهمـا من محققى أصـحابنا، وشـيخنا أبو جعفر مـا أورده فى كتبه بـل فى كتـابين منها فحسب، إيراداً لا اعتقاداً، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته. . .

ثم شيخنا أبو جعفر الطوسى رجع عنه وضعّفه فى جواب المسائل الحائريات المشهوره عنه المعروفه. . .» (۱).

قلت: لكن هذه الوجوه بعضها مبنى على مسلكه، وبعضها غير وارد، لأنه خلاف الظاهر.

وكون الروايه مطابقه للقاعـده الشـرعيه غير بعيـد، فإذا أعطى الأب شـيئاً إلى ابنته فى تجهيزها وغيره، فادّعت تمليكه ذلك إياها، فأنكر الأب ذلك، كان القول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملك.

نعم، لو انتقـل مـا كـان بيـدها إلى ورثتها، ووقع النزاع بينهم وبين الأب، فقالوا: هـذا لأُمّنا وهو لنا الآن بالإرث، فقال الأب: هو لى ولم أملّكها المال، كان الأب مدّعياً وكان عليه إقامه البينه.

فعلى الوجه الأول تكون الروايه مطابقه للقاعده، وعلى الثانى مخالفه.

والظاهر هو الأول، لأنهم يقرّون بإعطاء الأب المال لأُمّهم.

۱- ۱) السرائر فى الفقه ۲: ۱۹۲.


ص:۷۷۴

الکلام فی: دعوی المواریث

وفیه مسائل:

المساله الأولی: (لو مات المسلم عن ابنین فتصادقا علی إسلام

اشاره

أحدهما قبل الموت واختلفا فی الآخر)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو مات المسلم عن ابنین، فتصادقا علی تقدّم إسلام أحدهما علی موت الأب، وادّعی الآخر مثله فأنکر أخوه، فالقول قول المتفق علی إسلامه مع یمینه أنه لا یعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبیه» (۱).

أقول: لو مات المسلم عن ابنین مثلًا، فتصادق الابنان علی إسلام أحدهما فی حال حیاه الأب، وادّعی الآخر نفس الدعوی لکی یشترک معه فی الإرث، فأنکر أخوه ذلک، فالقول قول المتفق علی إسلامه قبل موت الأب مع یمینه علی عدم العلم بالنسبه إلی إسلام أخیه قبل موت الأب. کذا ذکره من تعرّض لهذه المسأله کما فی (الجواهر) .

وفی المسأله ثلاث صور:

۱ - الجهل بتاریخ موت الأب وإسلام الابن المختلف فیه معاً.

۲ - أن یکون تأریخ موت الأب معلوماً، وتاریخ إسلام الابن المختلف فیه مجهولاً.

۳ - أن یکون تأریخ إسلام الابن المختلف فیه معلوماً، وتاریخ موت الأب مجهولاً.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۰.

أمـا الصوره الاولى: فلا ريب فى إرث المتفق عليه دون الآخر، لأن إسـلامه مسـبوق بالكفر وتأريخه مجهول، فيستصـحب عـدمه حتى موت الأب، ويكون أثر هذا الإستصـحاب شـرعاً عدم استحقاق الولد الذى لم يثبت إسلامه عند موت الأب، والمفروض أن لا وارث غيره إلا المتفق عليه، فيستقل بالتركه بحسب أدله الإرث.

ولا يعارضه استصحاب عدم الموت حتى زمان الإسلام، لأن هذا الإستصحاب ليس بحجه، لأنه مثبت.

وأما فى الصوره الثانيه فكذلك، فإنه يجرى الاستصحاب، ويترتب عليه الأثر الشرعى المذكور.

وأشـكل فى (الجواهر) فى الحكم المـذكور المبتنى على الاستصـحاب من جهتين: إحداهما: إن ظاهر الكون فى دار الإسـلام هو إسلام الابن، وهذا الظاهر مقدم على الأصل أعنى الإستصحاب. والثانيه: بأن الإرث تقتضيه القرابه حسب الأدله فى كتاب الإرث، والكفر مـانع عن الاسـتحقاق، فـإذا وجـد المقتضـى - وهـو هنـا الولـديه - وشـك فى المـانع - وهو الكفر - أثر المقتضـى أثره، فيستحق المختلف فيه الإرث كأخيه (۱).

وفى كلتا الجهتين نظر، أما الاولى: فإن كون الإسـلام ظاهر من فى دار الإسـلام صحيح، لكنه يقتضى الحكم بإسلام من كان فيها مع الجهـل بحاله، وأما من كان مسـبوقاً بالكفر يقيناً - كما فى مفروض المسأله - فلا يقتضـى كونه فى دار الإسـلام إسـلامه، فلا ظاهر فى مقابل الأصل فى هذا المقام.

۱- ۱) راجع جواهر الكلام ۴۰: ۵۰۴.

وأما الثانيه: فإن قاعده المقتضى والمانع - بناء على تماميتها - تجرى فى صوره عدم جريان استصحاب المانع، مثلًا: إذا تمّ استصحاب الفسق لا يتحقق للأب ولايه عند الشك فى ثبوتها، مع أن نفس الابوه مقتضيه للولايه.

على أن أدلّه إرث الولد مخصصه بعدم كفره - سواء كان الكفر مانعاً أو كان الإسلام شرطاً - ومع الشك فى إسلام الولد فى حال موت الأب يكون التمسك بأدلّه الإرث من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

فالحق ما ذهب إليه المشهور، وإن الإستصحاب يفيد الحكم بعدم الإرث، أى: إن نفس عدم الإسلام كاف لعدمه.

قال المحقق: «وكذا لو كانا مملوكين فأُعتقا واتفقا على حريّه أحدهما واختلفا فى الآخر» (۱).

أى إن ذلك نظير الصورتين المذكورتين، والحكم نفس الحكم، لجريان الاستصحاب كذلك.

و أما الصوره الثالثه، فلا يجرى فيها الإستصحاب المذكور فى الصورتين السابقتين، و سيذكرها المحقق مستقله فى المسأله الثانيه.

حكم ما لو اتّفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الآخر:

ولو اتّفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الآخر، فقد جزم فى (كشف اللثام) بأن القول قول الآخر (۲)المختلف فيه، واحتمله الشهيد الثانى فى

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۰.

۲- ۲) كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام ۱۰: ۲۲۶.

(المسالک) (۱)لأن ظاهر الدار تشهد له، ولیس مع صاحبه أصل یستصحب هنا، لعدم الحاله السابقه، فالحکم هو اشتراکهما فی الإرث، لظاهر دار الإسلام.

وبما ذکرنا ظهر الفرق بین هذا الفرع، وبین الصورتین اللتین قلنا بجریان الاستصحاب فیهما، فقول صاحب الجواهر: « ومن هنا لو اتفقا» (۲)لم یظهر وجهه.

کما لا یجوز التمسک لاستحقاقه بأدلّه الإرث، لأنه من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

حکم ما لو ادّعی کلّ منهما أنه لم یزل مسلماً وأنکر الآخر:

ولو ادّعی کلّ من الابنین أنه لم یزل مسلماً، وأنکر الآخر فقال: بل أسلمت بعد موت الأب، فالحکم هو اشتراکهما فی المیراث، لأن ظاهر دار الإسلام یشهد لکلّ واحد، وفی الاستدلال بعمومات الإرث هنا أیضاً ما عرفت.

وفی (کشف اللثام) : « نعم، إن کانت الدار دار کفر وکان إسلام المورّث مسبوقاً بکفره، احتمل ترجیح الظاهر علی الأصل، فلا یرث المختلف فیه ما لم یعلم انتفاء المانع من إرثه بالبیّنه، ولو ادعی المختلف فیه علم الآخر بحاله کان له إحلافه علی نفیه» (۳).

وقد أشکل فیه صاحب (الجواهر) مشیراً إلی ما ذکره سابقاً من اقتضاء الولدیه للإرث.

وقد عرفت الإشکال فیه.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۰.
۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۵۰۴.
۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۲۲۶.

كمـا أن إيراده على قول كـاشف اللثـام: « ولو اتّفقـا على كفر كلّ منهما أو رقيّته زماناً، وادّعى كلّ منهما سبق إسـلامه أو حريّته على الموت وأنكر الآخر، ولم تكن بينه، ولا ادّعى أحـدهما العلم على الآخر، أو ادّعاه فحلف على العـدم، لم يرث أحـد منهما، لأنه لا إرث ما لم يثبت انتفاء المانع، ولا مجال هنا للحلف، لأن كلّاً منهما مـدّع لزوال المانع عن نفسه، وأما إنكاره ففى الحقيقه إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر، ولا يفيد الحلف عليه، بل خصـمهما فى الحقيقه هو الوارث المسـلم، فإن كان غير الإمام عليه السلام حلف على عدم العلم بزوال المانع» غير وارد.

هذا كلّه مع عدم البينه.

ولو أقام أحد الابنين بيّنه فى الفروع المذكوره قضى له بها.

ولو أقام كلّ واحـد منهما بينه - فى صوره اختلافهما بأنه لم يزل مسـلماً وصاحبه أسـلم بعـد موت الأب - كانت بيّنه المتفق عليه خـارجه وبيّنه الآـخر داخله، فتقـدّم بيّنه المتفق عليه على القول بتقـدم بيّنه الخـارج، وهو الأـقوى كما عرفت سابقاً، وأما مع القول بحجيه كلتا البينتين وتكافؤهما، وعـدم تقديم بينه مدّعى تقدّم الإسـلام لاشـتمالها على التقدّم الزمانى، وهو نقله إلى الإسـلام فى الوقت السـابق من جهه تناقض البينتين، فالبينتان متعارضـتان، والحكم هو القرعه كسائر موارد تعارض البينات. وفى (المسالک) : ربما احتمل ضـعيفاً تقـديم بينه المتأخر، بناء على أنه قـد يغمى عليه فى التاريـخ المتقـدّم فيظنّ الشاهدان موته، وهو ضـعيف لأنه قدح فى الشاهد (۱).

ص:۷۷۹

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۱.

المسأله الثانیه: (حکم ما لو اتّفقا أن أحدهما أسلم فی شعبان والآخر فی أول رمضان واختلفا فی تاریخ موت الأب)

قال المحقق: « لو اتفقا أن أحدهما أسلم فی شعبان والآخر فی غرّه رمضان ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، وقال المتأخّر: مات بعد دخول رمضان. کان الأصل بقاء الحیاه، والترکه بینهما نصفین» (۱).

أقول: هذه هی الصوره الثالثه من صور المسأله الأولی، وهی صوره العلم بتاریخ الإسلام والجهل بتاریخ موت الأب، فالذی أسلم فی شعبان یقول: مات فی شعبان، وأنت أسلمت فی أول شهر رمضان، فلا تستحق، للکفر، أو عدم الإسلام حین الموت، والذی أسلم فی شهر رمضان یقول: مات بعد دخول شهر رمضان، فأنا شریکک فی الترکه لوجود الشرط وهو الإسلام أو عدم المانع عن استحقاق الإرث وهو الکفر.

والحکم فی هذه المسأله هو اشتراک الأخوین فی الترکه بالتنصیف، قال فی (الجواهر) : بلا خلاف ولا إشکال.

ودلیل هذا الحکم عند المحقق هو الاستصحاب، حیث قال: « الأصل بقاء الحیاه» .

ص:۷۸۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۰.

وقد عرفت ما فيه، فإنه أصل مثبت.

وعند صاحب (الجواهر) هو عمومات الإرث بعد عدم ثبوت المانع، فالمقتضى حينئذ بحاله.

وفيه: ما عرفت من أنه من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه، لأن موضوع العمومات هو الولد المسلم فی حال موت الأب.

فالدلیل هو ظاهر دار الإسلام. فتأمل (۱).

---

۱ – ۱) وجه التأمل هو أن هـذا الإسـلام مسـبوق بالکفر، وقـد ذکرنا سابقاً أن ظاهر دار الإسـلام یکون فی حال عدم الکفر سابقاً، وأمـا معه فلاـ ظاهر. ویبقی أن یکون الـدلیل اتفاق الأصـحاب فی هـذه المسأله، لکن المحتمل – إن لم یکن المقطوع به – کونه مدرکّیاً.

المسأله الثالثه: (لو كانت دار فی يد إنسان وادّعی آخر أنها له ولأخيه إرثاً)

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « دار فی يد إنسان وادّعی آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثاً عن أبيهما، وأقام بينه، فإن كانت كامله وشهدت أنه لا وارث سواهما سلّم إليه النصف، وكان الباقی فی يد من كانت الدار فی يده. وفی الخلاف: وتجعل فی يد أمين حتی يعود، ولا يلزم القابض للنصف إقامه ضمين بما قبض» (۱).

أقول: فی هذه المسأله فروع:

الأول: إن هذه الدعوی تسمع من هذا الشخص، ويقضی له بالبينه الكامله - أی الواجده للشرائط علی ما سيأتی - التی أقامها، ويسلّم إليه نصف الدار.

وهذا الحكم لا إشكال فيه ولا خلاف كما فی (الجواهر) .

الثانی: وحيث أُريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم؟

قال فی (الجواهر) (۲): والقاسم الحاكم أو أمينه أو من فی يده الدار.

أقول: أما الحاكم فلا كلام فی نفوذ تقسيمه لأنه ولی الغائب، وأما أمينه فكذلك، لأنه يقوم مقام الحاكم بأمره، وأما من فی يده الدار، فالمفروض إنكاره لحق المدّعی، وبذلك يسقط عن الأمانه فی نظر المدعی فی الأقل، والقاسم يشترط

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۰.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۵۰۷.

أن يكون عادلاً أميناً كما تقدّم فى محلّه، فكيف يكون هذا الإنسان قاسماً فى هذا المقام؟ .

الثالث: وإذا سلّم نصف الدار إلى المدّعى، فما هو حكم النصف الآخر الذى يدّعى كونه للأخ الغائب؟ فيه قولان:

أحدهما: أن يكون الباقى فى يد من كانت الدار فى يده حتى مجى الغائب.

وهو رأى الشيخ فى (المبسوط) (۱). ظاهر المسالک تصحيح قول الشيخ فى الخلاف لا ما قاله فى المبسوط لانه نقل قول الشيخ فى الخلاف ثم ما قاله فى المبسوط فقال والاول اصح (۲).

والآخر: أن ينتزع الباقى منه ويجعل فى يد أمين حتى حضور الغائب.

وهو رأى الشيخ فى (الخلاف) (۳)وهو الأقوى عند صاحب (الجواهر) .

وجه الأول هو: إن البينه حجّه بعد دعوى صاحب المال، وحيث أن الغائب غير موجود حتى يدّعى، فبيّنه أخيه لا تثبت ملكيه الغائب للنصف الآخر، فيبقى بيد من كانت الدار فى يده كما كان.

ووجه الثانى هو: أن البيّنه حجّه، ولا يتوقّف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدّعى ودعواه، وعليه، فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقى.

وقد قدّمنا فى محلّه بيان هذين القولين، وأن الأقوى هو الثانى.

وقد يجعل منشأ الاختلاف صلاحيّه قيام أحد الورّاث مقام الميت فى إثبات

۱- ۱) المبسوط فى فقه الاماميه ۸: ۲۷۴. مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۳.

۲- ۲) لاحظ المسالک ۱۴: ۱۴۳.

۳- ۳) کتاب الخلاف ۶: ۳۴۰ مسأله (۱۲) . جواهر الكلام ۴۰: ۵۰۷.

الحق أو الملك وعـدمها، بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثه، فلو ادّعى أحدهم وأقام البينه ثبت حقّه دون غيره؟ فالعلامه فى كتاب (المختلف) (۱)وكاشف اللثام على الأول (۲)، والشهيد الثانى فى (المسالک) على الثانى (۳).

والظاهر هو الأول، لأن هذا الأخ الحاضـر يدّعى الإرث ويريد إثباته، فإذا أقام بينه وأثبته، فقد ثبت حقه وحق الغائب، والمفروض أن الغائب إذا حضر لا يطالب بأكثر من الإرث الذى يستحقه.

الرابع: إنه لو اُبقى النصف بيد من كانت الدار فى يده، فهل يضمن أو لا يكون ضامناً؟

قال المحقق: لا. للأصل وغيره بعد ثبوت الانحصار بالبينه.

ولا يخفى أن هذا مبنى على صحه التضمين بالنسبه إلى الأعيان كالديون.

ما هو المراد من البينه الكامله هنا؟

قال المحقق: « ونعنى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه والخبره الباطنه» (۴).

أقول: قـد اختلفت عبـارات الأصـحاب فى معنى البيّنه الكـامله هـا هنـا، ففى (المسالک) إن مقتضـى عباره المصـنف والأكثر أن المراد بها ذات الخبره والمعرفه بأحوال الميت، سواء شـهدت بأنها لا تعلم وارثاً غيرهما أم لا، وحينئـذ تنقسم إلى ما يثبت بها حق المدعى، بأن تشهد بنفى وارث غيره، وإلى غيره وهى التى لا

۱- ۱) مختلف الشيعه ۸: ۴۴۷.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۲۲۷ - ۲۲۸.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۳.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

تشهد بذلك.

وقد اختار صاحب (المسالک) هذا المعنی، وذکر أن الشهاده هی أن یشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فیما یعلمان قال: « ولا یجب القطع بل لا یصح، ولا تبطل به شهادتهم» (۱).

وتبعه فی ذلک کلّه کاشف اللثام فی تفسیر عباره القواعد التی هی مثل عباره المتن.

وفی (الجواهر) : « الظاهر الإکتفاء فی ثبوت الوصفین بشهادتهما بذلک بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر کون المراد بکمالها أنها تشهد بالنفی، وحینئذ، فعدم شهادتها بذلک هو عدم کمالها، فقول المصنف: [ولو لم تکن البینه کامله وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غیرهما] بمنزله التفسیر لها کقوله أولاً: [وشهدت] إلی آخره» (۲).

واعترض علی الشهید الثانی وکاشف اللثام قائلاً: « وما أدری ما الذی دعاهما إلی ذلک؟ ! مع أن حمل العباره علی إراده التفسیر أولی کما هو صریح الإرشاد قال: ولو ادّعی ما فی ید الغیر أنه له ولأخیه الغائب بالإرث، وأقام بینه کامله، بأن شهدت بنفی وارث غیرهما سلّم إلیه النصف» (۳)ولا ینافی ذلک قوله فی المتن « ونعنی» إلی آخره المحمول علی إراده بیان أن الشهاده بالنفی علی وجه القطع لا تکون غالباً إلا من ذی الخبره الباطنه.

ودعوی المفروغیه من الاجتزاء بشهاده ذی الخبره بنفی العلم، محل منع وإن

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۰: ۵۰۹.

۳- ۳) ارشاد الأذهان ۲: ۱۵۳.

جزم به فی الدروس، کدعوی المفروغیه من عدم قبول شهاده غیر ذی الخبره بالنفی علی وجه القطع، بل هو فی الحقیقه قدح فی الشاهد العدل.

فالتحقیق حینئذ هو الاکتفاء بالشهاده بالنفی من العدل مطلقاً، وعدم الإکتفاء بها إذا کانت بنفی العلم کذلک، إلا إذا اُرید من عدم العلم النفی فیما یعلم، فإنها شهاده بالنفی حینئذ، کما هو ظاهر کلامهم خصوصاً الدروس، وبهذا المعنی یمکن الفرق بین ذات الخبره وغیرها، لکن قد یقال: إن الشهاده بالنفی المزبور أیضاً لا تکون إلا من ذی الخبره أو شبهه» (۱).

أقول: إنه یعتبر فی هذه الشهاده ثلاثه أمور:

أحدها: أن یشهدا بکون الدار ملکاً للمیت.

والثانی: أن یشهدا بکون الأخوین وارثین.

والثالث: أن یشهدا بعدم وجود وارث غیرهما.

لکن الأصحاب لم یتعرّضوا لاعتبار الأمر الأول، واختلفوا فی الثالث وأنه هل یشترط أن تکون الشهاده بالنفی علی وجه القطع أولا؟ وظاهر عباره المحقق قدّس سرّه هو ما ذکره ثانی الشهیدین، وحملها علی ما فی (الجواهر) خلاف ظاهرها.

نعم، لا مانع من القول بالإکتفاء بالإستصحاب بالشهاده بالنفی، لخبر معاویه قال: « قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الرجل یکون فی داره، ثم یغیب عنها ثلاثین سنه، ویدع فیها عیاله، ثم یأتینا هلاکه، ونحن لا ندری ما أحدث فی داره، ولا ندری ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فی داره شیئاً ولا

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۵۰۹.

حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك فی الدار حتی یشهد شاهدا عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات وترکها میراثاً بین فلان وفلان، أو نشهد علی هذا؟ قال: نعم» (۱).

حکم ما لو لم تکن البینه کامله

قال المحقق: « ولو لم تکن البینه کامله وشهدت أنها لا ـ تعلم وارثاً غیرهما، أُرجئ التسلیم حتی یبحث الحاکم عن الوارث مستقصیاً بحیث لو کان وارث لظهر» (۲).

أقول: إن کانت البینه کامله دفعت الدار إلی ذی الحق، ولو لم تکن کامله أُرجی تسلیم الدار حتی یبحث الحاکم عن الوارث مستقصیاً بحیث لو کان لبان، ولا یرجع إلی أصاله عدم الوارث، لأن هذا الأصل لا یفید انحصار الوارث بالحاضر فی الظاهر، قال فی (الجواهر) : « علی أن قاعده الضرر الحاصل بضمان من فی یده المال لو ظهر بعد ذلک معارضه له، فأصل البراءه من وجوب الدفع إلی هذا الحاضر الذی لم یعلم انحصار الوارث فیه بحاله» (۳).

قال المحقق: « وحینئذ یسلّم إلی الحاضر نصیبه ویضمنه استظهارا» (۴).

أقول: إن الغرض من تضمین الحاضر هو الاستظهار والإطمینان ببقاء حق الوارث المحتمل وإمکان دفعه إلیه لو ظهر، وعلی هذا، فلا موضوعیه للتضمین،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۶/۲. أبواب الشهادات، الباب ۱۷.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۵۱۰.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

فلو كان الوارث الحاضر موثقاً وكان ملیّاً فلا حاجه إلی التضمین.

ولیس المراد من إرجاء التسلیم عدم جوازه، حتی یستشکل بأن الأصل عدم الوارث، بل المراد عدم وجوبه لئلا یتضرر ذو الید لو ظهر الوارث، وعلی هذا، فلو شاء أن یسلّم إلی الحاضر کان له ذلک، نعم، إذا کان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم یجز له الدفع إلا مع التضمین أو الوثوق.

وقد یناقش: بأن المفروض سقوط ذی الید عن الأمانه بإنکاره دعوی الوارث الحاضر، فلو لم تسلّم الدار إلی الحاضر بالبیّنه والأصل وجب علیه تسلیمها إلی الحاکم، فلا وجه لإبقائها فی یده علی کلّ حال.

علی أن جواز تسلیمه الدار إلی الحاضر - کما فی (الجواهر) - یعنی قیام الحجه الشرعیه علی مالکیته، فسواء اُرید من إبقائها دفع الضرر عن ذی الید أو عن الوارث المحتمل یجب انتزاع الدار من یده، وأما إذا لم تتم الحجه للوارث الحاضر فلا یجوز تسلیم شیء إلیه حتی مع التضمین.

هذا کله إذا لم یکن الوارث الحاضر ذا فرض.

وأما إذا کان ذا فرض لا ینقص عن فرضه علی کلّ تقدیر، کالزوجه مع الابن، فإنّ لها الثمن سواء کان للابن المذکور أخ أو وارث آخر أولا، فلا إشکال فی وجوب دفع نصیبه تامّاً إلیه: قال المحقق: « ولو کان ذا فرض اُعطی مع الیقین بانتفاء الوارث نصیبه تاماً، وعلی التقدیر الثانی یعطیه الیقین إن کان وارث، فیعطی الزوج الربع» (1)أی: لاحتمال وجود ولد منها « والزوجه ربع الثمن» أی: لاحتمال وجود زوجات له ثلاثه، ویکون الإعطاء « معجلاً من غیر تضمین وبعد البحث

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

یتم الحصه التضمین» (۱).

حکم ما لو کان الوارث ممن یحجبه غیره

قال: « وإن کان الوارث ممن یحجبه غیره کالأخ، فإن أقام البینه الکامله اُعطی المال. وإن أقام بینه غیر کامله اُعطی بعد البحث والاستظهار بالتضمین» (۲).

أقول: إن کان الوارث ممّن یحجبه غیره عن الإرث کالأخ المحجوب بالأبوین والأولاد، فلا یعطی شیئاً، لعدم العلم بکونه وارثاً، فإن ادّعی ذلک فإن أقام البینه الکامله اُعطی المال کلّه، وإن أقام بینه ناقصه اُعطی بعد البحث عن الحاجب مع الاستظهار بالضمین.

هذا، وفی (المسالک) تبعاً للدروس: « ولو صدّق المتشبث المدّعی علی عدم وارث غیره، فلا عبره به إن کان المدّعی به عیناً، لأنه إقرار فی حق الغیر، وإن کان دیناً أمر بالتسلیم، لأنه إقرار فی حق نفسه، لأنه لا یتعین للغائب علی تقدیر ظهوره إلا بقبضه أو قبض وکیله، وقد تقدم البحث فی نظیره من دعوی وکاله الغائب فی الأمرین» (۳).

وقد وافقهما علی ذلک کاشف اللثام قال: « وحکم الدین حکم العین فی جمیع ذلک، إلا فی وجوب انتزاع حصّه الغائب فقد یقال بالعدم، والفرق بأن الأحوط هنا العدم، لأنه لا یتلف ما لم ینتزع لتعلّقه بالذمه، وبأن العین شیء واحد شهدت

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۴۵. الدروس الشرعیّه ۲: ۱۰۹.

به البينه، والـدين حقوق متفرقه بعـدد مسـتحقيه، ويفارقهـا أيضـاً فى أنه لاـ يكفى فى العين تصـديق صـاحب اليـد فى الانحصـار ويكفى فى الدين، فإذا صدّقه أُعطى نصيبه كاملًا من غير بحث، أخذاً بإقراره» (۱).

قلت: قـد ذكرنا سابقاً فى مسأله مالو تنازع اثنان فى عين بيـد ثالث فصـدّق الثالث أحـدهما: أن المصـدق يكون حينئذ ذايد على العين ويكون الآخر مـدّعياً له، والأمر فيما نحن فيه كـذلك، بل هو أولى، لكون الوارث الآخر محتمل الوجود لا مقطوعه، فتسـلّم العين إلى هذا المصدّق، فإن حضر الوارث المحتمل وأقام البينه بحصته أخذ وإلا فلا.

وأما على ما ذكروا، فإن الفرق المذكور بين العين والدين صحيح، وإشكال صاحب (الجواهر) غير وارد.

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۲۲۹.

المسأله الرابعه: (حكم ما إذا ماتت امرأه وابنها وتنازع زوجها وأخوها فی تاریخ موتهما)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ماتت امرأه وابنها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم المرأه، فالمیراث لی وللزوج نصفان، وقال الزوج: بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لی، قضی لمن تشهد له البینه» (۱).

أقول: إذا ماتت امرأه وابنها ولم یعلم سبق أحدهما ولا الاقتران، ووقع النزاع بین زوجها وأخیها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم ماتت المرأه، فالمیراث الحاصل من ترکه المرأه بما فی إرثها من الولد لی وللزوج، لکلّ نصف، وقال الزوج: بل ماتت امرأه أولاً، فإرثها لی ولولدها، ثم مات الولد من بعدها فالمال کلّه لی، ففی المسأله صور:

الأولی: أن یکون لأحدهما خاصّه بیّنه علی ما یدّعیه، ولا إشکال ولا خلاف کما فی (الجواهر) فی أنه یقضی لصاحب البینه.

الثانیه: أن یکون لکلیهما بینه، وحینئذ إذا تکافئتا سقطتا بالتعارض، والحکم هو الرجوع إلی القرعه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ وإلا اُحلف الآخر، وإن امتنعا قسّم المدّعی به بینهما نصفین.

ص:۷۹۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

أی: إنه إن كان الولد قد مات قبل اُمه فيستحق الأخ نصف تركه المرأه، وإن كان قد مات بعدها فلا يستحق شيئاً، فمورد النزاع نصف تركه المرأه، فإذا وقعت القرعه وامتنعا عن اليمين قسّم النصف بينهما نصفين، فيكون للأخ الربع وللزوج ثلاثه أرباع.

والثالثه: أن لا يكون لأحدهما بينه:

قال المحقق: « ومع عدمها لا يقضى باحدى الدعويين، لأنه لا ميراث إلا مع تحقق الحياه، فلا ترث الأم من الولد ولا الابن من أُمه، ويكون تركه الابن لأبيه وتركه الزوجه بين الأخ والزوج» (١).

فظهر أن الحكم فی هذه الصوره كون تركه الابن كلّها لأبيه بعد يمين الأب أنه ما مات قبل اُمه، وتكون تركه الزوجه بين الأخ والزوج - بعد يمين الأخ أنها ما ماتت قبل ولدها - لكلّ منهما نصف، إذ ليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما فی الصوره الثانيه حيث أقام كلاهما البينه، لأن اليمين تنفی وارثيه الميت من قبل، وليس لازم هذا النفی - وهو الموت من بعد - أثراً شرعياً، بخلاف البينه هناك فإن لازمها حجه، وهذا هو سرّ الفرق بين الصورتين.

هذا كلّه مع الجهل بتأريخ موتهما.

ولو كان تاريخ موت أحدهما متفقاً عليه بينهما، كأن يكون موت الابن فی يوم الجمعه، فيستصحب حياه الاُم حتى يوم السبت فترث الابن وتموت، فهما فی تركتها شريكان بالتنصيف، وإن كان العكس يستصحب حياه الابن فيرث اُمه، فإذا مات كان جميع التركه للأب.

ولو علم إجمالاً بتقدم تاريخ موت أحدهما على موت الآخر، فلا يحلّفان حتى ينفی التوارث، بل يقرع لأجل تعيين الوارث.

ص:٧٩٢

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٢١.

المسأله الخامسه: (حكم ما لو تنازع وارث الميت وزوجته حول شيء من التركه)

قال المحقق: « لو قال: هذه الأمه ميراث أبی، وقالت الزوجه: هذه أصدقنی إياها أبوك، ثم أقام كلّ منهما بینه، قضی ببینه المرأه، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤها على الاخرى» (۱).

أقول: لو وقع النزاع بين الوارث وزوجته فی شیء من الترکه، فقال الوارث هذا میراث أبی فهولی، وقالت الزوجه: هذا أصدقنی إيّاه أبوك، ففی المسأله صور:

الاولى: أن لا يكون للزوجه المدّعيه بينه، فإن القول قول الوارث بيمينه، لأن الأصل عدم الإصداق.

والثانيه: أن تقيم الزوجه بيّنه. فلا كلام فی أنه يقضی لها.

والثالثه: أن يقيم كلّ منهما بينه، فهنا أيضاً يقضی للزوجه بتقديم بيّنتها، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينه الوارث.

وكذا لو كانت العين فی يد أجنبي لا يدّعيها.

ولو وقع التعارض بين البينتين، كأن تدعی الزوجه الإصداق فی يوم الجمعه فتشهد بينتها بذلك، ثم تشهد بينه الوارث بموت المورث فی يوم الخميس، فقد يقال بترجيح بينه الوارث، لكونه ذا اليد وكون مدعاه أسبق زماناً، ومع عدم المرجح فالحكم هو القرعه أو التنصيف بدونها.

ص:۷۹۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۱.

الکلام فی: الإختلاف فی الولد

مقدمه:

لا ریب فی عـدم لحوق الولـد بأبین فصاعـداً عنـدنا وإن کانا قد واقعا فی طهر واحد، للأخبار والإجماع، خلافاً للمحکی عن أبی حنیفه من الإلحاق بهما مع الاشتباه، بل عن بعضهم الإلحاق بثلاثه، بل عن المتأخرین منهم جواز الإلحاق بألف أب علی قول أبی حنیفه، بل عنه أیضاً الإلحاق بأُمّین إذا تنازعتا واشـتبه الأمر، بل قـد یأتی بناءاً علی ما تقدّم ذکره عن متأخریهم جواز إلحاق الولد بألف أُم (۱)! ولعلّ هؤلاء قالوا بذلک علی أساس القیاس عندهم، فقاسوا هذا المورد بمسأله شرکه الأبوین فی الأولاد، فإن الولد یتکوّن من مـاء الرجل والمرأه معاً حیث قال تعالی: «Bیَخْرُجُ مِنْ بَیْنِ اَلصُّلْبِ وَ اَلـتَّرٰائِبِ» (۲)ولذا یرث الولد أبویه، فکما یکونان شریکین فی الولد لتولّده منهما، کذلک یکون الولد ملحقاً بالأبین فصاعداً لتولّده منهما.

لکنه - مع ابتنائه علی القیاس الباطل - فاسد من جهه أنه إذا انعقدت النطفه من الرجل والمرأه فقد تمّ الأمر، وفی بعض الروایات دلاله علی ذلک، فلو واقع هذا الرجل أو غیره تلک المرأه لم یکن للماء الجدید أی علاقه بما کان من الماء الأول، ولکلّ موضع غیر موضع الآخر.

ص:۷۹۷

۱- ۱) المحلّی ۱۰: ۱۵۰ - ۱۵۱. کتاب الخلاف ۶: ۳۴۹ - ۳۵۰، المسأله ۲۳. کشف اللثام ۱۰: ۲۳۳. المجموع (شرح المهذّب) ۱۵: ۳۱۳. المغنی لابن قدامه ۷: ۲۳۷. جواهر الکلام ۴۰: ۵۱۵.

۲- ۲) سوره الطارق ۸۶: ۷.

ثم إن الرجوع إلى القائف واضح الفساد كذلك، فإنه لا عبره بالقيافه عندنا، ولا تكون ملاكاً للإلحاق، وإن تحققت المشابهه بين الولد وأحد الرجلين غالباً، فإن الشارع قد اسقط هذه الغلبه عن الإعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقى فى الأوصاف.

وبعد هذا كلّه نقول: إن عمده الأدلّه فى الإختلاف فى الولد هو قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « الولد للفراش وللعاهر الحجر» (۱).

فقيل معناه: الولد لمالك الفراش.

وفى (المصباح المنير) : « وقوله عليه الصلاه والسلام: الولد للفراش، أى للزوج، فإن كلّ واحد من الزوجين يسمّى فراشاً للآخر، كما سمى كلّ واحد منهما لباساً للآخر» (۲).

وكيف كان، فإن الحديث لا يعمّ النكاح الفاسد.

وقال السيد فى (العروه) بأن المراد هو الفراش الفعلى، سواء أمكن إلحاقه بالفراش السابق أو لا (۳).

وعن (القواعد) : إنه لو كان زوجاً فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين، ففى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقه (۴).

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۱: ۱۷۳/۲. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ۵۸.

۲- ۲) المصباح المنير ۲: ۴۶۸.

۳- ۳) العروه الوثقى ۳: ۱۹۸.

۴- ۴) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲.

صور الاختلاف فی الولد

هذا، وفی المسأله صور:

الصوره الاولی: إذا لم یکن فی البین فراش أصلاً، بل وطئ اثنان امرأه عن سفاح، ففی هذه الصوره لا یلحق الولد بأحدهما، وأثر ذلک عدم التوارث فقط، وأما الآثار الاُخری: کالنظر والنکاح إن کان الولد بنتاً، فإنه یجوز لکلّ منهما نکاحها، ویحرم علیه النظر إلیها للأصل، أما هی، فلا یجوز لها ذلک مع أحدهما، لعلمها إجمالاً بکونها لأحدهما.

وبالجمله، إن وطئاها عن زنا، لم یلحق الولد بأحدهما شرعاً، نعم، لا یبعد الرجوع إلی القرعه لتعیین من هو له منهما، لأجل ترتّب الآثار من النفقه ونحوها، اللهم إلاّ أن یقال بعدم ترتّب شیء من الآثار مطلقاً، لکن لا تعرّض هنا ظاهراً فی الأخبار والفتاوی للقرعه.

والصوره الثانیه: أنْ یتحقّق الوطئ من الرجلین بشبهه وفی طهر واحد، والحکم فیها الرجوع إلی القرعه، لإمکان کون الولد من کلّ منهما، فمن خرج اسمه اُلحق به.

والصوره الثالثه: أن یعقد کلّ منهما عقداً فاسداً. والمرجع هنا أیضاً القرعه.

والصوره الرابعه: أن یطأ اثنان امرأه وهی زوجه لأحدهما ومشبّهه علی الآخر، والحکم عند الأصحاب فیها هو الرجوع إلی القرعه.

وقد ذکر المحقق حکم الصور الثلاث الأخیره بقوله:

« إذا وطئ اثنان امرأه وط اً یلحق به النسب، إما بأن تکون زوجه لأحدهما ومشبّهه علی الآخر، أو مشبّهه علیهما، أو یعقد کلّ منهما علیها عقداً فاسداً، ثم تأتی

بولد لسته أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل، فحينئذ يقرع بينهما» (۱).

فإن قيل: مقتضى الحديث الشريف: « الولد للفراش وللعاهر الحجر» هو إلحاق الولد فى الصوره الرابعه بالزوج، لأنه صاحب الفراش وإن كان « للعاهر الحجر» لا ينطبق على الواطئ هنا، لعدم تحقق الموضوع وهو الزنا فى هذه الصوره، وبالجمله، يجرى هذا الحديث فى صوره وجود فراش - زوجاً كان أو مولى - سواء كان الوطئ الآخر عن زنا أو شبهه، ولا يتحقق لأحد هذين فراش حتى يكون وطؤه وطأ يلحق به النسب، حتى يقع التعارض ويشكل الأمر فيرجع إلى القرعه.

بل لقد تمسك الإمام عليه السلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا ولا شبهه، ففى خبر الصيقل: « عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها. قال: بئس ما صنع، يستغفر اللّه ولا يعود.

قلت: فإن باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها، ثم باع الثانى من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث؟

فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: الولد للفراش وللعاهر الحجر» (۲).

إذن، لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الوطى بشبهه، فالرجوع إلى القرعه لماذا؟

قلت: إن الواطئ بشبهه ليس بصاحب فراش ف خلافاً لصاحب (الجواهر) - لكن دليل القول بالقرعه فى هذه الصوره هو الإجماع.

ص:۸۰۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۲.

۲- ۲) ومثله: خبر سعيد الأعرج: « عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد لمن يكون الحمل؟ قال: للذى عنده الجاريه لقول رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: الولد للفراش» وسائل الشيعه ۲۱: ۱۷۴/۴. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ۵۸.

قال المحقق: « سواء كان الواطئان مسلمین أو کافرین أو عبدین أو حرّین أو مختلفین فی الإسلام والکفر والحریّه والرق، أو أباً وابنه» (۱).

أقول: قال فی (الجواهر) : بلا خلاف معتدّ به أجده بیننا فی ذلک، بل الظاهر الإجماع علیه، بل ادّعاه بعض صریحاً.

ویدل علیه صحیح الحلبی عن الصادق علیه السلام: « إذا وقع المسلم والیهودی والنصرانی علی المرأه فی طهر واحد اُقرع بینهم، فکان الولد للذی تصیبه القرعه» (۲).

قال فی (الجواهر) : نعم، عن لقطه المبسوط أن المسلم والحرّ أولی، ولکن قد استقر الإجماع علی خلافه (۳).

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما.

ولو علم سبق أحدهما علی الآخر فی الوطئ، ففی إلحاقه بالأخیر أو القرعه کذلک بحث.

هذا کلّه، إذا کان الوطی منهما فی طهر واحد، فإن وطأ أحدهما فحاضت، ثم وطئ الآخر، فهل یکون الإلحاق بالقرعه أیضاً؟ نعم، لإمکان کونه من الأول، لأن الحمل والحیض قد یجتمعان.

لکن فی (القواعد) و (کشف اللثام) : « إنه إذا کان ذلک انقطع الإمکان عن الأول، لأن الحیض علامه براءه الرحم شرعاً، إلا أن یکون الأول زوجاً فی نکاح صحیح لکون الولد للفراش، إلا أن یعلم الانتفاء، وتخلّل الحیض لا یفید العلم به

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۲.
۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۶: ۲۸۰/۱. أبواب میراث ولد الملاعنه، الباب ۱۰.
۳- ۳) جواهر الکلام ۴۰: ۵۱۷.

هنا، لقوه الفراش» (۱).

وأشكل عليه فی (الجواهر) بقوله: إلاـ أنه لاـ يخفی عليک ما فيه، علی كلّ من تقديری مجامعه الحيض للحمل وعدمه، وقوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت فی اجتماعهما فی طهر واحد أيضاً (۲).

وأما قولهما: ولو كان زوجاً فی نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين، ففی إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقه.

فتلک صوره اخری بالإضافه إلی الصور السابقه، وهو أن يكون الأمر دائراً بين الوطئ بشبهه – بمعنی كونه زوجاً ظاهرياً – وبين الزنا أو الوطئ بشبهه ممن ليس بزوج ظاهری، وتفيد هذه العباره التوقّف فی إمكان معارضه الوطئ بشبهه لصاحب الفراش، من جهه التأمّل فی صدق الفراش علی الفراش الظاهری، وهذا يؤيد ما ذكرناه سابقاً، كما لا يخفی، والحكم فی هذه الصوره هو الإلحاق بالفراش الظاهری، للحديث الشريف، بناءاً علی صدق الفراش، وإلا فالقرعه.

قال المحقق: « هذا كلّه إذا لم يكن لأحدهم بيّنه» (۳).

أقول: يعنی إن الرجوع إلی القرعه هو فيما إذا لم يكن لأحد الواطئين بينه، أو كان لكلّ واحد منهم وتعارضتا، لعدم المرجح، وإلا حكم بالبينه لمن كانت له أو كانت بيّنته أرجح.

لكن البينه تفيد فيما إذا علم بتحقق وطئ واحد، ثم اشتبه الواطئ بين اثنين، فتشهد البينه أنه هذا لا ذاک لكونه معهما فی سفر مثلاً، وأما إذا وقع الوطئ من

ص:۸۰۲

۱- ۱) كشف اللثام فی شرح قواعد الأحكام ۱۰: ۲۳۴. قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲.
۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۵۱۸.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۲.

اثنين، فلا یمکن للبینه تعیین من یلحق به الولد منهما.

قال المحقق: « ویلحق النسب بالفراش المنفرد، والـدعوی المنفرده، وبالفراش المشترک، والـدعوی المشترکه، ویقضـی فیه بالبینه ومع عدمها بالقرعه» (۱).

أقول: أمـا الفراش المنفرد فواضـح، وأما الـدعوی المنفرده فتکون بالنسـبه إلی صبی مجهول النسب، فلو ادّعاه ولا معارض له فی هذه الدعوی أُلحق به، ولا یسمع إنکاره بعد کبره، نعم، فی الکبیر المجهول النسب خلاف سنشیر إلیه.

ولو اشترک اثنان أو أزیـد فی هـذه الـدعوی قضـی بالبینه، ومع عدمها أو تعارضـها فبالقرعه، وأما الفراش المشترک، فقد عرفت الکلام فیه.

ولا فرق عنـدنا فی الـدعوی بین الرجل والمرأه، فلو اسـتلحقت ولـداً فإن لم ینازعها أحـد لحق بها، وإن نازعها کان الولـد لـذات البینه، ومع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعه.

فروعٌ

وهنا فروع أوردها صاحب (الجواهر) عن بعض الأصحاب، ونحن نوردها تبعاً له:

« من انفرد بـدعوی مولود صـغیر فی یـده لحقه إلا أن یضـرّ بغیره، کأن یکون معتقاً وولاؤه لمولاه، فإن بنوّته تقتضـی تقدّمه علی المولی فی الإرث، فإن بلغ وانتفی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۲.

عنه لم يقبل نفيه (۱)إلا ببينه، استصحاباً لما ثبت شرعاً، وكذا لو أقرّ بالمجنون فأفاق وأنكر، وليس لأحدهما إحلاف الأب، لأنه لو جحد بعد الإقرار لم يسمع» .

قال فی (الجواهر) : « ولا يخفى عليك وجه البحث فی ذلک» .

« لو ادّعى نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالبينه، وإن سكت لم يكن تصديقاً» (۲).

قلت: بل الأظهر كونه تصديقاً، فإذا سكت كانت دعوى المدّعى بلا معارض.

« لو ادّعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئاً لشبهه لم يقبل وإن وافقه الزوجان، بل لابدّ من البينه على الوطی لحق الولد» (۳).

« لو تداعيا صبيّاً وهو فی يد أحدهما، لحق بصاحب اليد خاصّه، على إشكال (۴)فی أن اليد هل ترجح كما يرجح الملک» .

أی على ذاک إقامه البينه، ومع عدمها لحق بصاحب اليد على إشكال فی عموم أدله حجيه اليد للإنسان الذی ليس مملوكاً بل حرّ منسوب، فقد يقال بعدم صدق اليد على الحر، وحينئذ، فالملاک البينه وإلا فالقرعه.

« لو استلحقه صاحب اليد ولو ملتقطاً وحكم له شرعاً لم يحكم للآخر إلا ببينه» .

« لو استلحق ولداً وقال: إنه من زوجتی هذه فأنكرت الزوجه ولادته، ففی لحوقه بها بمجرّد إقرار الأب نظر» (۵).

أی: لأن هذه الدعوى ليست بلا معارض، لأنها قد عارضت، فی

ص:۸۰۴

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲.

۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲.

۳- ۳) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲ - ۴۸۳.

۴- ۴) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲ - ۴۸۳.

۵- ۵) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۲ - ۴۸۳.

(الجواهر) : بل منع كونه إقراراً فى حق الغير.

أقول: ولكن أثر وجوب النفقه ونحوه مترتب على هذا الإقرار.

« لو بلغ الصبى بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما قبل (١)، وأشكله بعض بأنه إقرار فى حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البينه أو القرعه» .

والظاهر ورود هذا الإشكال، لعدم وجود نص يدل على اعتبار الإقرار بالولديه، نعم، لو أقرّ بالرقيّه لأحد قبل، لأنه على نفسه، كما لا توجد سيره على القبول.

« ولا عبره بميل الطبع عندنا» (٢).

أي: إن هذا لا يكون دليلًا شرعياً للانتساب وإن كان وجود هذا الطبع حقيقه واقعيه.

« وإن لم ينتسب إلى أحد منهما أُقرع إن لم ينكرهما معاً، وإلا ـ لم تفد القرعه بناءاً على قبول تصديقه، ولا يقبل رجوعه بعد الإنتساب، ولا اعتبار بانتساب الصغير وإن كان مميّزاً، ونفقته قبل الثبوت شرعاً عليهما، ثم يرجع من لم تلحقه القرعه (٣)به على الآخر» .

وأشكل عليه فى (الجواهر) : « وفيه: إن دفعها قد كان لإقراره، فلا وجه لرجوعه» .

إلا أن يقال بأن لوازم البينه حجه فعلى مقيمها جميع النفقه، لكن قلنا سابقاً

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢ - ٤٨٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٩.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٣.

بأن الإقرار مقدّم على جميع الأدله. هذا، وقد ذكرنا سابقاً احتمال قبول دعوى الصبى فراجع.

« لو أقام كلّ من المدعيين بينه بالنسب وتعارضتا ولا ترجيح، حكم بالقرعه (۱)عندنا» .

« لو أقام أحـدهما بينه أن هـذا ابنه وآخر بينه أن هذا بنته، فظهر خنثى، فإن حكم بالذكوريّه بالبول وغيره فهو لمدّعى الابن، وإن حكم بالأُنوثيه فهو لمدّعى الانثى (۲)، لأن كلاً منهما لا يستحق إلا من ادعاه، وإن ظهر خنثى مشكلاً أُقرع» (۳).

هـذا آخر كتاب القضاء. وقد كان الفراغ منه فى اليوم الثامن عشر من شـهر ربيع الآخر من شـهور السـنه الثالثه بعد الأربعمائه بعد الألف من الهجره النبويه، فى الحوزه العلميه بمدينه قم المقدسه.

وسيتلوه إن شاء اللّه تعالى كتاب الشهادات.

ص:۸۰۶

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۳.

۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۸۳.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۰: ۵۱۹.

کتاب الشهادات

اشاره

المقدمه و فیها ثلاثه امور. تعریف الشهاده لغه و شرعا

ص:۸۰۷

ص:

مقدمه مباحث الشهادات

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد للّه رب العالمين، والصّلاه والسّلام على سيّدنا محمد وآله الطاهرين، لا سيّما خليفه اللّه فى الأرضين، الإمام الثانى عشر، الحجّه ابن الحسن العسكرى، أرواحنا فداه، ولعنه اللّه على أعدائهم أجمعين، من الأوّلين والآخرين.

أما بعد، فقد قال اللّه عزّوجلّ:

«وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اَللّٰهُ فَأُولٰئِكَ هُمُ اَلْكٰافِرُونَ» (1).

لقد أولى الفقه الجعفرى اهتماماً بالغاً بموضوع «القضاء»، وكانت القوانين المقرره فيه فى غايه الدقه والمطابقه مع ما تقتضيه الفطره الإنسانيه، وقد تقدّم منّا بعض الكلام حول أهميه القضاء وأثره، وموقعه فى فقه أهل البيت.

وبعد الفراغ من البحث عن آداب القضاء، وصفات القاضى، جاء دور البحث عن أحكام الدعوى وموازين الحكم، التى منها «إن البيّنه على من ادّعى واليمين على من أنكر» (2).

ص:811

1- 1) سوره المائده ۵: ۴۴.

2- 2) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۵.

بل إن « البينات» و « الايمان» هما العنصران الأساسيّان ل « القضاء» .

وأما حكم القاضی بعلمه، ففيه كلام، على أنه من الندره بمكان، وكذا حكمه استناداً إلى الإقرار، بل قد يقال بعدم توقّف الأخذ به على الحكم.

ويدل على ما ذكرنا قوله صلّی اللّه عليه وآله وسلّم: « إنما أقضی بينكم بالبيّنات والايمان» (۱)وقول الباقر عليه السلام: « أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، أو يمين قاطعه، أو سنّه ماضيه من أئمه الهدی» (۲).

ولعل المراد من السنّه الماضيه من أئمه الهدی هو المراد ممّا أشار إليه الإمام عليه السلام فی خبر أبی خديجه بقوله « قضايانا» (۳).

و « البيّنات» جمع « البيّنه» وهی « الشهاده العادله» ، و « الأيمان» جمع « اليمين» وقد وصفها فی الخبر الثانی ب « القاطعه» .

وفی كلّ من « البينه» و « اليمين» بحوث علميّه على ضوء الروايات الوارده فی أحكامهما، وحدودهما، يتبيّن من خلالها جانب من اهتمام فقه أئمه أهل البيت بموضوع القضاء، وشدّه احتياطه فی الحقوق، ومدى تلائم تلك الأحكام مع قضاء الفطره وحكم العقل. . .

ومن هنا، فقد نصّت الأخبار على أن كلّ حكم توفّرت فی مقوّماته ومقدّماته الموازين المقرره فهو نافذ، لأنه حكم اللّه، وإلّا فهو مردود، لأنه حكم الجاهليه: فعن الإمام عليه السلام: « الحكم حكمان، حكم اللّه عزّوجلّ، وحكم

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۳/۱۹. أبواب صفات القاضی، الباب ۶. والحديث مروی عن أمير المؤمنين عليه الصلاه والسلام.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۱۳/۵. أبواب صفات القاضی، الباب ۱.

أهل الجاهليه، فمن أخطأ حكم اللّه حكم بحكم الجاهليه» (۱).

بـل هو مردود إن لم يكن كـذلك وإن كان حقاً: فعن الإمام عليه السـلام: « القضاه أربعه، ثلاثه فی النار وواحـد فی الجنه، رجل قضـی بجور وهو یعلم، فهو فی النـار، ورجـل قضـی بجور وهو لا یعلم، فهو فی النار، ورجل قضـی بالحق وهو لا یعلم، فهو فی النار، ورجل قضی بالحق وهو یعلم، فهو فی الجنه» (۲).

وعلی هذا، فإن من « الحكم بما أنزل اللّه» قضاء القاضی « بالحق وهو یعلم» .

وهذا العلم إن أُخذ من « أهل بیت النبوّه» فهو علم، وإلّا فجهل وضلال.

قال أبو جعفر علیه السلام فی حدیث: « فلیذهب الحسن - یعنی البصری - یمیناً وشمالاً، فواللّه ما یوجد العلم إلّاههنا» (۳).

وقال علیه السـلام لسلمه بن كهیل والحكم بن عتیبه: « شرّقا وغرّبا، فلا تجدان علماً صحیحاً، إلا شیئاً صحیحاً خرج من عندنا أهل البیت» (۴).

فیكون معنی الآیه الكریمه: «وَ مَنْ لَمْ یَحْكُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اَللّٰهُ فَأُولٰئِكَ هُمُ اَلْكٰافِرُونَ» (۵)علی ضوء ما تقدم والأحادیث الوارده عن الفریقین (۶)فی شأن أهل

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۲/۷. أبواب صفات القاضی، الباب ۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۲/۶. أبواب صفات القاضی، الباب ۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۶۴/۷. أبواب صفات القاضی، الباب ۷.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۴۳/۱۶. أبواب صفات القاضی، الباب ۶. وفیه: إلّاشـیئاً خرج، وكلمه « صحیحاً» وردت فی طبعه المكتبه الإسلامیه ج۱۸ ص۲۶ وهی زائده. راجع الكافی ۱: ۳۲۹ ح۳.

۵- ۵) سوره المائده ۵: ۴۴.

۶- ۶) كحـدیث الثقلین، ولا سیّما ما اشـتمل من ألفاظه علی جمله « ولا تعلّموهم فإنهم أعلم منكم» وكحدیث: « أنا مدینه العلم وعلی بابهـا» و « أنا مـدینه الفقه وعلی بابها» وكحـدیث: « مثل أهل بیتی فیكم كمثل سـفینه نوح من ركبها نجا ومن تخلّف عنها هلك» ، وكحـدیث: « أقضاكم علی» . ومن هنا كان علی علیه السـلام یقول: « سـلونی قبل أن تفقـدونی» وكان عمر یقول: « لولا علی لهلـك عمر» . وإن شـئت الوقوف علی أسانیـد وألفـاظ هـذه الأحـادیث ونحوهـا، فـارجع إلی كتابنـا (نفحـات الأزهـار فی خلاصه عبقات الأنوار) المطبوع فی عشرین مجلداً، وإلی كتاب (الغدیر) وغیرهما.

البيت وعلومهم: ومن لم يحكم بشى خرج صحيحاً من عند أهل البيت فحكمه حكم الجاهليه وإن كان فى درهمين، وأولئك هم الكافرون.

ثم إن « الشهاده» أكثر دوراً وأعمق أثراً من « اليمين» فى حكم الحاكم، « فإنما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق، وبالشاهد يوجب الحق، وبالشاهد يعطى» .

وقد وردت فى أحكامها آيات من الكتاب، ونصوص كثيره عن الأئمه الأطهار، أوردها صاحب الوسائل رحمه اللّه فى ۵۶ باباً. . .

ومن هنا كانت مباحثها فى الكتب الفقهيه أوسع من مباحث « اليمين» .

ويعجبنى أن

أذكّر هنا بثلاثه أمور مستفاده من الكتاب والسنّه فى

اشاره

« الشهاده» :

ص:۸۱۴

الأمر الأول: فی اعتبار التعدد فی الشهود

لقد تقرر فی علم الاصول حجیه خبر الواحد الثقه فی الأحکام. أما فی الموضوعات، فقد ادعی الإجماع علی اعتبار التعدد المعبر عنه ب « البینه» ، واستدل له بوجوه، عمدتها خبر مسعده بن صدقه الذی جاء فیه: « والأشیاء کلّها علی هذا حتی تستبین أو تقوم به البینه» (۱)، وربما قیل: بأن الإجماع هنا إن لم یکن کاشفاً عن رأی المعصوم، فلا أقلّ من کشفه عن اعتبار الخبر المزبور ونحوه وعمل الأصحاب به.

إلا أن التحقیق هو کفایه خبر الثقه فی الموضوعات أیضاً، للسیره القطعیه التی لا یصلح للردع عنها مثل خبر مسعده المخدوش دلاله بل وسنداً، والإجماع المدّعی لیس بحجّه، ولا یکشف عن اعتبار الخبر عندهم، لاختلافهم فی الاستدلال فی المسأله.

وأیضاً، لا یعتبر فی المخبر الثقه أن یکون عادلاً، للسیره العقلائیه القطعیّه، وکون آیه النبأ (۲)رادعه عن هذه السیره یتوقف علی أن یکون الأمر فیها بالتوقف عن قبول خبر الفاسق تعبداً شرعیاً، إلا أن مقتضی الأمر بالتبین والتعلیل بعدم

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۸۹/۴. وفیه: یستبین لک غیر ذلک. . .

۲- ۲) سوره الحجرات ۴۹: ۶.

الإصابه. . . هو الإرشاد إلى ما عليه السيره العقلائيه، من عدم الاعتماد على خبر الفاسق، لا لكونه فاسقاً بل من جهه عدم الوثوق بخبر الفاسق، وحينئذ، فحيث يكون الفاسق صادقاً فى إخباره، فلا حاجه إلى التبين، لعدم ترتب الإصابه بجهاله والندم على العمل بخبره.

فتحصل، أنه لا يعتبر التعدد ولا العداله فى الإخبار عن الموضوعات، لعدم ثبوت الرادع عن السيره القائمه فيها، هذا فى غير باب القضاء.

أما فى باب القضاء، فليس الأمر بهذه السهوله، لأنه الباب الموضوع لحلّ المنازعات وفصل الخصومات الواقعه فى النفوس والفروج والأنساب والأموال والحقوق. . . هذه الامور التى شدّد الشارع فيها وأكّد على الإحتياط. . . فكان مقتضى الحكمه أن لا يكتفى بشهاده الثقه ولا العدل الواحد، بل اعتبر « البينه» فقال: « إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان» (۱)و « البينه على من ادّعى واليمين على من أنكر» (۲).

ولم يرد عن الشارع الحكم بشهاده الواحد، وحيثما حكم بشهادته لقّبه ب « ذو الشهادتين» (۳).

ومن هنا كان للفظ « البينه» وضع خاص فى عرف الشرع والمتشرعه، فى مقابل معناه اللغوى، وإن شئت فقل: إن « ما يبيّن الشى» فى بحوث القضاء هو « الشهاده العادله» .

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.
۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۵.
۳- ۳) اختيار معرفه الرجال ۱: ۲۶۰.

الأمر الثانی: فی حرمه کتمان الشهاده وشهاده الزور

ودلّت النصوص علی حرمه کتمان الشهاده، وحرمه شهاده الزور علی حدٍّ سواء، فعن أبی عبد اللّه علیه السلام: « لا ینقضی کلام شاهد الزور من بین یدی الحاکم حتی یتبوء مقعده فی النار، وکذلک من کتم الشهاده» (۱).

وعن أبی جعفر علیه السلام قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « من کتم شهاده أو شهد بها لیهدر بها دم امرئ مسلم، أو لیزوی بها مال امرئ مسلم، أتی یوم القیامه ولوجهه ظلمه مدّ البصر وفی وجهه کدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه. . .» (۲).

وعن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم فی حدیث المناهی: « إنه نهی عن شهاده الزور، ونهی عن کتمان الشهاده وقال: من کتمها أطعمه اللّه لحمه علی رؤوس الخلائق، وهو قول اللّه عزوجل: «وَ لاٰ تَکْتُمُوا اَلشَّهٰادَهَ وَ مَنْ یَکْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» » (۳).

والمستفاد من هذه الأخبار وغیرها کونهما معاً من الکبائر، نعم، بینهما فرق

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۲۵/۴. کتاب الشهادات، الباب ۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۲/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۳/۴. کتاب الشهادات، الباب ۲.

من حیث الضمان، فقد دلّت النصوص بصراحه علی ضمان شاهد الزور (۱)، ولا نص - ظاهراً - فی ضمان من کتم الشهاده.

إذن، یحرم کتمان الشهاده، ویجب أداؤها. . . ویحرم الشهاده بغیر حق. . . لکن قبولها یتوقف علی أن تکون « عادله» .

ص:۸۱۸

۱- ۱) راجع وسائل الشیعه: ۲۷. کتاب الشهادات، الباب ۱۰ و ۱۱.

الأمر الثالث: فی مصادیق الشهاده العادله

اشاره

وإن الملاک فی الشهاده وقبولها کونها « شهاده عادله» ، ولا تکون الشهاده عادله إلا إذا جمعت شرائط القبول المقرره فی الفقه الجعفری من جمیع الجهات: من جهه صفات الشهود، ومن جهه طریق حصول الشهاده، ومن جهه العدد، ومن جهه کون الشهاده شهاده فرع أو أصل، ومن جهه الحالات الطارئه علی الشاهد. . .

أما من جهه الصفات والخصوصیّات التی یعتبر وجودها أو عدم وجودها فی کلّ شاهد، فإن الشهاده العادله هی شهاده المسلم المؤمن العادل غیر المتهم الذی لا یجرّ بها نفعاً إلی نفسه، ولا یستدفع بها ضرراً عن نفسه.

ومن فروع ذلک: عدم قبول شهاده رفقه الطریق علی اللّصوص، وعدم قبول شهاده الوصی فیما هو وصی فیه، وعدم قبول شهاده السید لعبده المأذون. . . إلی غیر ذلک مما بحث عنه فی الباب الأول من الکتاب.

وأما من جهه طریق حصول الشهاده، فقد تقرر أن الضابط فی الشهاده هو « العلم» ، ثم بحث علماؤنا عن طریق حصول هذا الضابط، فأی شیء یکفی فیه المشاهده؟ وأی شیء یکفی فیه السماع؟ وهل یثبت شیء بالشهاده المستنده إلی الإستفاضه؟ أو إلی الید؟ أو غیر ذلک؟ إلی غیر ذلک مما بحث عنه فی الباب الثانی من الکتاب.

ص:۸۱۹

وأمّا من جهه العدد، فإن العدد المعتبر يختلف بحسب اختلاف الموارد وإن كان المعتبر فى كلّ مورد لم ينص فيه على عدد خاص هو « شهاده العدلين» ، فالشهاده العادله فى مثل السرقه هى شهاده العدلين، وفى مثل الزنا شهاده أربعه رجال، وأمّا شهاده الواحد والامرأتين، والواحد مع يمين المدعى، وشهاده النساء المنفردات، فلا تقبل فى حقوق اللّه مطلقاً. والشهاده العادله فى مثل الطلاق من حقوق الناس هى شهاده العدلين، وفى مثل الدين منها: شهاده العدلين، شهاده الواحد والامرأتين، الواحد ويمين المدعى. وفى مثل الولاده: شهاده العدلين، شهاده الواحد مع الامرأتين، شهاده أربع نسوه، وذلك لأن الولاده مما يعسر أو لا يجوز اطّلاع الرجال عليه غالباً، فقبلت فيها شهاده النساء منفردات. إلى غير ذلك مما بحث عنه فى الباب الثالث من الكتاب.

وأمّا من جهه كونها شهاده فرع، فإن الشهاده على الشهاده إنما تكون عادله فيما إذا كانت واجده للقوانين المقرره فيها، فإن الشهاده على الشهاده كيف تتحمل؟ ومتى تقبل؟ وفى أى موضع تقبل؟ وممن تقبل؟ . . . إلى غير ذلك مما بحث عنه فى الباب الرابع من الكتاب.

وأمّا من جهه الحالات الطارئه على الشاهد، فإن الشهاده العادله هى الشهاده الواجده للقوانين المقرره، كما لو شهد الشاهدان فماتا، أو شهدا ثم فسقا، أو شهدا فرجعا. . . إلى غير ذلك مما بحث عنه فى الباب الخامس من الكتاب.

تعريف الشهاده لغه وشرعاً

« الشهادات» جمع شهاده، يقال: شهد يشهد شهاده، وهى فى اللغه لمعان عديده كالعلم، والحضور، والرؤيه، والإعلام، والإخبار، والمعاينه.

واقتصر جماعه من اللغويين على الحضور، قالوا: ومنه قوله تعالى: «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ اَلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ» (۱).

وقال ابن فارس: « (الشين والهاء والدال) أصل يدلّ على حضور وعلم وإعلام، لا يخرج شيء من فروعه عن الذى ذكرناه، من ذلک: الشهاده، يجمع الاصول التى ذكرناها من الحضور والعلم والإعلام» (۲).

والمراد من الشهاده فى كتاب الشهادات هو: الإعلام والإخبار، ويعتبر فيه الجزم واليقين، ويرادفه فى الفارسيه « گواهى» يقال: شهد بكذا، أى أخبر به، فتكون الشهاده فى هذا الباب بمعنى الإخبار بما قد علم، سواء كان العلم حاصلًا باحدى الحواس الظاهريه، أو بغيرها.

فهذا الإعلام يتفرع على تحقق العلم وحصوله عن طريق الحضور، أو الرؤيه، أو غير ذلک، والشاهد يؤدى الأمر الحاصل عنده، ويبرزه، بلفظ: « أشهد. . .» .

وفى خبر عن مولانا الرضا عليه السلام: إن الحضور شهاده، فقد « سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها، فقال: فلانه طالق وقوم يسمعون كلامه ولم يقل لهم: اشهدوا. أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم، هذه شهاده» (۳).

فتحصل من ذلک: أن « الشهاده» أمر غير « أداء الشهاده» ولذا يقال: هل يجب على الشاهد الشهاده أو لا؟ وأن الشهاده قد تكون وليس بعدها أداء، وأنها

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۱۸۵.

۲- ۲) معجم مقاييس اللغه ۳: ۲۲۱.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۲: ۵۰/۲. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ۲۱، وهو خبر صحيح، ومثله فى الباب المذكور خبران آخران، وهى تدلّ على كفايه إسماع الصيغه.

تتحقق فی الحق وغیره کالهلال، ومن غیر الحاکم ومنه، وأن الروایه غیر الشهاده.

فتعریفهم للشهاده شرعاً بأنها: « إخبار جازم عن حق لازم للغیر واقع من غیر حاکم» (1)لا یخلو عن نظر.

فالأولی: إیکال الأمر إلی العرف، ولا یبعد دعوی کون الشهاده عند أهل لعرف انشاءاً لا إخباراً وإن کان ظاهر اللفظ کذلک، نظیر قول البائع « بعت» ، بأن یکون قول القائل: « أشهد أن لا إلَه إلا اللّه» إنشاءاً، لا أنه یخبر عن ثبوت الوحدانیه للّه عزّوجلّ عنده. فتأمل.

وکیف کان، فقد یعتبر فی الشهاده التعدد، بخلاف الإخبار والروایه.

فإن کان للشهاده منشأ کانت صادقه، وإلا فهی کاذبه.

قال المحقق قدّس سرّه: « والنظر فی أطراف خمسه:

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۵۳، مستند الشیعه ۱۸: ۹. عن المسالک، جواهر الکلام ۴۱: ۷، قوانین الاصول: ۴۶۴.

الطرف الأوّل: صفات الشاهد

اشاره

البلوغ * العقل * الإيمان * العداله * ارتفاع التهمه طهاره المولد.

ص:٨٢٣

قال المحقق: « ويشترط فيه سته أوصاف» :

الأول: البلوغ

اشاره

قال: « فلا تقبل شهاده الصبى ما لم يصر مكلفاً. وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشراً، وهو متروك» (۱).

أقول: إن الأصل عدم قبول الشهاده مطلقاً، سواء الصبى وغيره، ولابدّ للخروج عن هذا الأصل من دليل يقتضى القبول.

أما الصبى غير المميز، فلا دليل على قبول شهادته، بل الإجماع بقسميه قائم على عدم القبول، فإذا بلغ عشراً فهو مميز غالباً، فقيل: تقبل شهادته مطلقاً، قال المحقق: « وهو متروك» . وأضاف فى (الجواهر) : بل اعترف غير واحد بعدم معرفه القائل به، وإن نسب (۲)إلى الشيخ فى النهايه، ولكنه وهم (۳).

ص:۸۲۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۵.

۲- ۲) الناسب إليه كما فى المسالك هو صاحب كشف الرموز، قال فى المسالك: وهو وهم، وإنما ذكر الشيخ فى النهايه قبول شهادته فى الجراح والقصاص خاصه، نعم، له بعد ذلک عباره موهمه لذلک إلا أن مرادها غيره. انتهى. واعترض فى الرياض على المسالك بأن الموجود فى كلام كاشف الرموز أن الشيخ فى النهايه حكى هذا القول، لا أنه حكاه عنه فيها وهذا نص عباره النهايه: « ويجوز شهاده الصبيان إذا بلغوا عشر سنين فصاعداً إلى أن يبلغوا، فى الشجاج والقصاص، ويؤخذ بأوّل كلامهم. ولا يؤخذ بآخره، ولا تقبل شهادتهم فيما عدا ذلک، من الديون والحقوق والحدود، وإذا اُشهد الصبى على حق، ثم بلغ وذكر ذلک، جاز له أن يشهد بذلک، وقبلت شهادته، إذا كان من أهلها» (النهايه فى مجرّد الفتوى: ۳۳۱) .

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۹.

وقد اختلف عبارات الأصحاب فی قبول شهادته، فی خصوص الجراح والقتل. کما سیأتی.

الأخبار فی شهاده الصبی

نعم، فی (الجواهر) الاستدلال للقبول مطلقاً إذا بلغ عشراً: بإطلاق الشهاده کتاباً وسنّه، وأولویه غیر الدم منه، وقول أمیر المؤمنین علیه السلام فی خبر طلحه ابن زید (۱). . .

. . . وخبر أبی أیوب الخزاز: سألت إسماعیل بن جعفر (۲). . .

وقد أجاب عن الإطلاق بأنه مخصوص بالتبادر وغیره بالبالغ، وعن الأولویه بمنعها، وعن الخبرین بضعف سندیهما وغیر ذلک (۳).

قلت: أما الآیات، فقد جاء فی بعضها لفظ « الرجل» کقوله تعالی: « وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجٰالِکُمْ» (۴)وبعضها یشتمل علی الحکم الشرعی، والصبی غیر مکلف، کقوله تعالی: «وَ لاٰ یَأْبَ اَلشُّهَدٰاءُ» (۵)وبعضها مقیّد بالعداله کقوله تعالی: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» (۶)والصبی لا یتصف بها، بناءاً علی اشتراط التکلیف أو البلوغ فی صحّه الاتصاف بها، ولو سلّم الإطلاق، فإن الآیه المعتبره للرجولیّه صالحه للتقیید، ولیس موردها بمخصص لها.

ص:۸۲۶

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۵/۶. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۴/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۹.

۴- ۴) (و۵) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۵- ۵)

۶- ۶) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

وأما الأخبار فهی علی طوائف:

فمنها ما هو مطلق، ومن ذلک:

۱ - هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی قول اللّه عز وجل: «وَ لاٰ یَأْبَ اَلشُّهَدٰاءُ» قال: قبل الشهاده. وقوله: «وَ مَنْ یَکْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (۱)قال: بعد الشهاده» (۲).

وهذا مطلق بغض النظر عما ذکرنا.

۲ - أبو الصباح عن أبی عبد اللّه علیه السلام « فی قوله تعالی: «وَ لاٰ یَأْبَ اَلشُّهَدٰاءُ إِذٰا مٰا دُعُوا» (۳)قال: لا ینبغی لأحدٍ إذا دعی إلی شهاده لیشهد علیها أن یقول: لا أشهد لکم علیها» (۴).

۳ - جراح المدائنی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « إذا دعیت إلی الشهاده فأجب» (۵).

۴ - سماعه عن أبی عبد اللّه علیه السلام « فی قول اللّه عزوجل: «وَ لاٰ یَأْبَ اَلشُّهَدٰاءُ إِذٰا مٰا دُعُوا» فقال: لا ینبغی لأحد إذا دعی إلی شهاده لیشهد علیها أن

ص:۸۲۷

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۰۹/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱.

۳- ۳) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۰۹/۲. کتاب الشهادات، الباب ۱. وهو عن الشیخ بإسناده عن الحسین بن سعید عن محمد بن الفضیل عن أبی الصباح. و « محمد بن فضیل» مشترک، وقد وقع الخلاف بینهم فی تعیین محمد بن الفضیل، الراوی عن أبی الصباح الکنانی. فراجع.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۰۹/۳. کتاب الشهادات، الباب ۱. وهو عن الشیخ بإسناده عن الحسین بن سعید عن النضر وهو ابن سوید عن القاسم بن سلیمان، عن جراح. و « القاسم بن سلیمان» و « جراح المدائنی» غیر موثقین، لکنهما من رجال کتاب کامل الزیارات.

يقول: لا أشهد لكم» (۱).

۵ – داود بن سرحان عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا یأب الشاهد أن یجیب حین یدعی قبل الکتاب» (۲).

ومنها: ما یدلّ علی عدم قبول شهاده الصبی مطلقاً، ومن ذلک:

۱ – محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام قال: فی الصبی یشهد علی الشهاده فقال: «إن عقله حین یدرک أنه حق جازت شهادته» (۳).

۲ – السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «قال قال أمیر المؤمنین علیه السلام: إن شهاده الصبیان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا کبروا ما لم ینسوها» (۴).

۳ – عبید بن زراره فی حدیث قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الذی یشهد علی الشی وهو صغیر قد رآه فی صغره ثم قام به بعدما کبر فقال: «تجعل شهادته نحواً (۵)من شهاده هؤلاء» (۶).

ومنها: ما یدلّ علی القبول فی خصوص القتل، أو مقیداً بقید، مثل:

۱ – جمیل: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: تجوز شهاده الصبیان؟ قال:

۱– ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۰/۵. کتاب الشهادات، الباب ۱.

۲– ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۰/۶. کتاب الشهادات، الباب ۱. وفی طریقه «سهل بن زیاد» وفیه الخلاف المعروف.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۲/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۱.

۴– ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۲/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۱. وفی إسناده «النوفلی» و «السکونی» وقد ذکرنا موجز الکلام فیهما فی بعض حواشی کتاب القضاء.

۵– ۵) فی التهذیب ونسخه من الوسائل «خیراً» .

۶– ۶) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۳/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۱.

نعم، فی القتل، یؤخذ بأول کلامه، ولا یؤخذ بالثانی منه» (۱).

وهذا الخبر صحیح علی الأظهر (۲).

۲ - محمد بن حمران: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده الصبی، قال فقال: لا، إلا فی القتل، یؤخذ بأول کلامه، ولا یؤخذ بالثانی» (۳).

وهو معتبر عند بعضهم، خلافاً للجواهر تبعاً للمسالک (۴).

۳ - أبو أیوب الخزاز: « سألت إسماعیل بن جعفر: متی تجوز شهاده الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنین. قلت: ویجوز أمره؟ قال فقال: إن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم دخل بعائشه وهی بنت عشر سنین، ولیس یدخل بالجاریه حتی تکون امرأه، فإذا کان للغلام عشر سنین جاز أمره، وجازت شهادته» (۵)(۶).

وهذا الخبر لیس عن المعصوم فهو موقوف، لکن لا یبعد أن یکون له اعتبارٌ مّا لجلاله قدر إسماعیل وشده حبّ أبیه الصادق علیه السلام له (۷)، إلّاأن ما

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۳/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۲.
۲- ۲) وهو: الکلینی عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن ابن أبی عمیر عن جمیل، وفی قولنا « علی الأظهر» إشاره إلی الخلاف فی الخبر الذی فی طریقه « إبراهیم بن هاشم» مع وثاقه غیره من رجاله.
۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۳/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۲.
۴- ۴) وهو: الکلینی عن علی بن إبراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن محمد بن حمران. ففی « محمد بن عیسی - وهو العبیدی -» خلاف بین الأعلام، وقد ذهب المحققون المتأخرون إلی توثیقه، فراجع جواهر الکلام ۴۱: ۱۰.
۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۴/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۲.
۶- ۶) فی طریقه: محمد بن عیسی عن یونس. وأما « أبو أیوب الخزاز» فهو ثقه. واسمه « إبراهیم» وذکر الشیخ الجد المامقانی وقوع الخلاف فی اسم أبیه وفی لقبه، قال: « وفی اسم أبیه خلاف: إنه عیسی، أو عثمان أو زیاد، کالخلاف فی لقبه: إنه الخراز بزائین، أو الخزاز براء قبل الألف وزای بعدهما» .
۷- ۷) الأخبار فی حال إسماعیل ابن الإمام الصادق علیه السلام مختلفه، وقد بحث عنها الرجالیون سنداًودلاله، وقد انتهی الکلام فی تنقیح المقال ومعجم رجال الحدیث إلی حسن الرجل وجلالته وشده حب أبیه علیه السلام له. ولکن فی منع جلاله شأنه عن الفتوی بدون الأخذ من المعصوم تأمل کما فی جامع المدارک (۶: ۹۸) .

يدلّ عليه، وهو التسويه بين الرجل والمرأه فى الأحكام، وقبول الشهاده مطلقاً ممن بلغ عشر سنين، مخالف لما عليه الأصحاب، فهم معرضون عن هذا الخبر، وذلك يسقطه عن الاعتبار.

۴ – محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام فى شهاده النساء: « لا تجوز شهادتهنّ إلا فى موضع ضروره، مثل شهاده القابله. . . ومثل شهاده الصبيان على القتل، إذا لم يوجد غيرهم» (۱).

وفى راويه « محمد بن سنان» خلاف معروف.

۵ – طلحه بن زيد عن الصادق عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام: « شهاده الصبيان جائزه بينهم مالم يفترّقوا أو يرجعوا إلى أهلهم» (۲).

و « طلحه بن زيد» عامى (۳).

الأقوال فى شهاده الصبى

قال المحقق قدّس سرّه: « واختلفت عبارات الأصحاب فى قبول شهادتهم فى الجراح والقتل، فروى جميل عن أبى عبد اللّه عليه السلام: تقبل شهادتهم فى القتل، ويؤخذ بأوّل كلامهم، ومثله روى محمد بن حمران عن أبى عبد اللّه عليه

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۶۵/۵۰. كتاب الشهادات، الباب ۲۴. ويوجد فى سنده من لا توثيق له.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۴۵/۶. كتاب الشهادات، الباب ۲۲.

۳- ۳) وهو: الصدوق بإسناده إلى طلحه بن زيد. والظاهر صحه إسناد الصدوق إلى الرجل، وطلحه بن زيد عامى، قال الشيخ: كتابه معتمد. وهو من رجال كامل الزيارات.

السلام. وقال الشيخ فی النهایه: تقبل شهادتهم فی الجراح والقصاص (۱).

وقال فی الخلاف: تقبل شهادتهم فی الجراح مالم یتفرّقوا، إذا اجتمعوا علی مباح (۲).

والتهجّم علی الدماء بخبر الواحد خطر، فالأولی الإقتصار علی القبول فی الجراح بالشروط الثلاثه: بلوغ العشر، وبقاء الإجتماع، إذا کان علی مباح، تمسّکاً بموضع الوفاق» (۳).

أقول: مقتضی الجمع بین الأخبار التی ذکرناها هو القبول فی القتل، إلا أن الشروط المعتبره فیه مختلف فیها کما سیأتی، ولیس فی شیء من الأخبار ذکر للجراح، إلا أن جماعه یذکرونه مع القتل کما فی عباره المحقق، ولعلّه للأولویّه، لکن إثباتها مشکل، وإلّا لزم القبول فی جمیع الامور، لوضوح أهمیه القتل منها، اللهم إلا أن یکون الدلیل عباره الشیخ فی (النهایه) التی ذکرها المحقق، بناء علی أن عباراتها متخذه من متون الأخبار، مؤیداً بخبر دعائم الإسلام (۴).

أمّا فی (الخلاف) ، فقد ذکر الجراح ولم یذکر القتل (۵)، وعلیه المحقق فی (النافع) (۶)بل هو معقد إجماع محکی (الخلاف) و (الانتصار) (۷)، فیکون هو الدلیل العمده، لکن فی (التحریر) و (الدروس) الإشتراط بأن لا یبلغ الجراح

۱- ۱) النهایه: ۳۳۱. وفیه: فی الشجاج والقصاص.

۲- ۲) کتاب الخلاف ۶: ۲۷۰، المسأله ۲۰.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۵.

۴- ۴) دعائم الإسلام ۲: ۱۴۲۱/۴۰۸.

۵- ۵) کتاب الخلاف ۶: ۲۷۰، المسأله ۲۰.

۶- ۶) المختصر النافع: ۲۷۸.

۷- ۷) جواهر الکلام ۴۱: ۱۱.

النفس (۱).

ومختار المحقق هنا هو أولويّه الاقتصار على القبول فی الجراح، معللاً بأن التهجّم على الدماء بخبر الواحد خطر.

إنما الكلام فی الشروط المعتبره فی القبول، فقد اختلفت عبارات الأصحاب فيها، تبعاً لاختلاف النصوص، فاعتبر الشيخ رحمه اللّه فی (الخلاف) شرطين أحدهما: مالم يتفرقوا، والثانی: إذا اجتمعوا على مباح (۲)، وزاد المحقق شرطاً ثالثاً وهو: بلوغ العشر، فنقول:

أمّا « بلوغ العشر» فقد ذكر فی الخبر عن إسماعيل فقط، وقد عرفت آنفاً حال هذا الخبر.

وأمّا « كون اجتماعهم على مباح» فلم نعثر على نص يقتضی اعتباره.

وأمّا « بقاء الإجتماع» فيدل عليه خبر طلحه بن زيد (۳)، لكنه ضعيف على المشهور (۴).

ولعل السبب فی اعتبار هذا الشرط هو: أن الصبی يشهد بما سمع أو رأی كما هو الواقع والحقيقه، وإن كان فی شهادته ضرر على أحد من أقرب الناس إليه، أمّا إذا رجع إلى أهله فيحتمل قويّاً أن يلقّنه أهله ما يخالف الواقع، ويشوهوا عليه الحقيقه.

فظهر بما ذكرنا عدم تماميّه اعتبار شیء من الشروط الثلاثه المذكوره،

۱- ۱) الدروس الشرعيّه ۲: ۱۲۳، تحرير الأحكام ۵: ۲۴۳ ۲۴۴.

۲- ۲) كتاب الخلاف ۶: ۲۷۰، المسأله ۲۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۴۵/۶. كتاب الشهادات، الباب ۲۲.

۴- ۴) جامع الرواه: ۱/۴۲۱، رجال ابن داود: ۲۵۱/۲۴۴، خلاصه الأقوال: ۳۶۱/۱.

بحسب النصوص الوارده فی المقـام (۱)، لکن الظاهر من قول المحقق قـدّس سـرّه « تمسّـکاً بموضع الوفاق» (۲)هو أن مقصوده طرح النصوص والرجوع إلی الإجماع، والمتیقّن من الإجماع عنده هو الجراح بالشروط الثلاثه.

قلت: إن القدر المتیقن هو اعتبار « الأخذ بأوّل کلامهم» کما فی خبری جمیل ومحمد بن حمران، وعن جماعه کثیره من أصحابنا الأعیان (۳)، واعتبـار قیـد « الضـروره» ، کما فی خبر محمـد بن سـنان (۴)، فلو أمکن الإستشـهاد من بـالغ عـادل لم تقبل شـهاده الصبی، وإلاـ فتسـمع، سواء « بقی الاجتماع» أو لا. ومن ذلک یظهر أن قوله « بینهم» فی خبر طلحه (۵)بیان مصداق ل « الضروره» ولذا قال: « ومثل شهاده الصبیان علی القتل إذا لم یوجد غیرهم» (۶).

ومن هذا الباب قبول أمیر المؤمنین علیه السـلام شهاده الغلمان وقضاؤه بالدیه، فیما رواه السکونی عن الصادق علیه السلام: « رفع إلی أمیر المؤمنین علیه السـلام سته غلمان کانوا فی الفرات، فغرق واحـد منهم، فشـهد ثلاثه منهم علی اثنین أنهما غرّقاه، وشـهد اثنان علی الثلاثه أنهم غرقوه، فقضـی بالدیه ثلاثه أخماس علی الاثنین وخمسین علی الثلاثه» (۷)بناءاً علی کون المراد من الغلام فی الخبر هو

ص:۸۳۳

---

۱ - ۱) وتحصـیل الإجماع بقطع النظر عن النصوص الوارده فی المسأله مشـکل جـدّاً، وهل یمکن الإطمینان إلی هذا الإجماع مع وجود هذه النصوص الکثیره؟

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۵.

۳- ۳) المقنعه: ۷۲۷، الإنتصار: ۵۰۶، الکافی فی الفقه: ۴۳۶، النهایه: ۳۳۱، السرائر ۲: ۱۳۶.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۵/۵۰. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۵/۶. کتاب الشهادات، الباب ۲۲.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۵/۵۰. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۷- ۷) وسائل الشیعه ۲۹: ۲۳۵/۱. أبواب موجبات الضمان، الباب ۲.

الصغیر.

فهـذا هو القـدر المتیقّن من دلاله الأخبار بعد الجمع بینها، وبه یظهر النظر فی کلمات صاحب (الجواهر) فی هذا المقام، کما بان لک النظر فی کثیر من الکلمات المسطوره فی هذا المبحث. هذا کلّه فی القتل.

وأمّا الجراح، فلابـدّ فیه من القطع بالملاـک، حتی تتم الأـولویّه، وذلک فی غایه الإشـکال، بل ظاهر خبر محمـد بن حمران نفی الأولویه، حیث قال علیه السـلام « لا إلا فی القتل» (۱)، اللهم إلا أن یقال بالجراح المنجرّ إلی القتل، لکن فیه: أن القتل قـد یکون بلا جرح.

هذا، ولما کان موضوع النصوص هو « الصبی» ولا دلیل علیٰ إلغاء الخصوصـیه، فالظاهر اختصاص الحکم بشهادته دون « الصبیّه» فإنها تبقی علی مقتضی الاصول والعمومات الدالّه علی عدم قبول شهادتها، وبه صرّح العلّامه فی (التحریر) (۲)والشهید الثانی فی (الروضه البهیه) (۳)وغیرهما (۴).

ص:۸۳۴

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۳/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۲.

۲- ۲) تحریر الأحکام ۵: ۲۴۴.

۳- ۳) الروضه البهیّه ۳: ۱۲۵.

۴- ۴) ریاض المسائل ۱۵: ۲۳۶.

الوصف الثانی: العقل

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: «الثانی: کمال العقل، فلا تقبل شهاده المجنون إجماعاً. أما من يناله الجنون أدواراً، فلا بأس بشهادته فی حال إفاقته، لکن بعد استظهار الحاکم بما يتيقن معه حضور ذهنه واستکمال فطنته» (۱).

أقول: أما اعتبار کمال العقل فی الشاهد وأنه لا تقبل شهاده المجنون، فلا يحتاج إلی إقامه الدليل عليه من الکتاب والسنّه والإجماع (۲).

وکذا عدم قبول شهاده من يناله الجنون أدواراً فی حال جنونه، لأنه کالمطبق، أما فی حال إفاقته فلا مانع من قبول شهادته، لأنه فی هذه الحاله کالعاقل، وتشمله أدلّه قبول الشهاده من الکتاب والسنّه، لکن قبول شهادته يکون بعد استظهار الحاکم بما يکشف عن حضور ذهنه واستکمال فطنته، وإلّا

ص:۸۳۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) ولئن کان ثمه اشکال فی دلاله ما استدل به، من الکتاب والسنه، ففی الإجماع المصرّح به فی کلام کثير من الأصحاب، محققاً ومنقولاً، وأنه يشترط فی الشاهد العداله کما سيأتی، وتحققها فی غير العاقل غير معقول کما فی المستند، غنیً وکفايه. وأما الاستدلال له بالسيره العقلائيه کما فی مبانی تکمله المنهاج () فقد استشکل عليه فی جامع المدارک () بأن بعض الأشخاص له کمال الدقه والمتانه فی بعض الامور وفی بعضها خارج عن طريق العقلاء، فمع الوثوق بالحفظ والضبط والاحتراز عن الکذب، بحيث يکون سکون النفس الحاصل من إخباره أقوی من السکون الحاصل من قول کثير من العقلاء العدول، الظاهر أن بناء العقلاء علی الاعتماد بأخباره. قلت: الظاهر خروج من ذکره عن بناء العقلاء کما ذکر. لکن الکلام فی المجنون المطبق.

طرح شهادته، بلا إشكال فی ذلک کلّه وبلا خلاف کما فی (الجواهر) (۱).

وهل یکفی عدم الجنون فی حال أداء الشهاده أو یشترط العقل فی حال التحمّل کذلک؟ صرّح کاشف اللثام بالثانی (۲)، وصاحب (الجواهر) بالأوّل (۳)، لأن العداله والضبط والتیقظ ترفع القدح فیه وإن کان قد تحمّلها فی حال جنونه، مضافاً إلی تناول إطلاق أدله قبولها له.

قلت: لکن الأوّل أولی، فإنه لیس حال هذا المجنون حال الصبی الممیّز الذی تقبل شهادته لو أدّاها بالغاً، بل حاله حال الصبی غیر الممیز.

لا تقبل شهاده الساهی والمغفل

قال المحقق قدّس سرّه: « وکذا من یعرض له السهو غالباً، فربما سمع الشیء وأُنسی بعضه، فیکون ذلک مغیراً لفائده اللفظ وناقلاً لمعناه، فحینئذ یجب الاستظهار علیه حتی یستثبت ما یشهد به» (۴).

أقول: فی (الجواهر) : علی وجه یطمئنّ الحاکم بعدم غفلته فیما شهد به، ولو لکون المشهود به مما لا یسهی فیه، بل عباره المتن والقواعد وغیرهما صریحه فی اعتبار یقین الحاکم بذلک (۵)، لکنه لا یخلو من إشکال (۶). لکن الظاهر کون البحث

۱- ۱) جواهر الکلام ۴: ۱۵.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۲۷۲.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۵- ۵) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۳، إیضاح الفوائد ۴: ۴۱۸.

۶- ۶) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵.

لفظياً.

قال: « وكذا المغفل الذى فى جبلّته البله، فربما استغلط لعدم تفطّنه لمزايا الامور، والأولى الإعراض عن شهادته ما لم يكن الأمر الجليّ الذى يتحقق الحاكم استثبات الشاهد له، وأنه لا يسهو فى مثله» (۱).

أقول: يدلّ عليه ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام فى قوله عز وجل « مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ اَلشُّهَدٰاءِ» (۲)قال: « ممن ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفّته وتيقّظه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه، فما كلّ صالح مميّزاً ولا محصّلاً ولا كلّ محصّل مميّز صالح» (۳)(۴).

ص:۸۳۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۹/۲۳. كتاب الشهادات، الباب ۴۱.

۴- ۴) هذا الخبر عن التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكرى عليه السلام، وفى إعتبار هذا التفسير خلاف بين العلماء، وقد استدل فى المستند لإلحاق المغفل بالمجنون بالتعليل الوارد فى الموثقه عن محمد بن مسلم فى عدم قبول شهاده السائل بكفّه حيث قال عليه السلام: « لأنه لا يؤمن على الشهاده» وبمرسله يونس: « فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته. . .» . وفى الرياض عدم وجدان الخلاف بين المتأخرين فى هذا الحكم.

الوصف الثالث: الإيمان

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « الثالث: الإيمان، فلا تقبل شهاده غير المؤمن وإن اتصف بالإسلام لا على مؤمن ولا على غيره، لاتّصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهاده» (۱).

أقول: إن الإيمان بالمعنى الأخص الذى هو الإقرار بإمامه الأئمه الاثنى عشر عليهم السلام من الأوصاف المعتبره فى الشاهد بلا خلاف، فلا تقبل شهاده غير المؤمن بالمعنى المذكور وإن اتصف بالإسلام، لا على مؤمن ولا على غيره، إلّا ما سيأتى.

وقد جعل المحقق دليل عدم القبول اتصاف غير المؤمن بالفسق والظلم المانعين من قبول الشهاده، وفى (الجواهر) : لاتصافه بالكفر فضلاً عن الفسق والظلم (۲).

لكن كفر غير المؤمن بالمعنى الأخص محلّ خلاف، فعلى القول به كما هو مذهب جماعه بل قد حكى بعضهم الإجماع عليه فالمطلب تام بلا إشكال.

واستدلّ صاحب (الجواهر) لعدم قبول شهاده غير المؤمن بعدم الخلاف بل عن جماعه الإجماع عليه، بل لعلّه من ضرورىّ المذهب فى هذا الزمان.

ص:۸۳۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۲: ۱۶.

لکن فی المسأله خلاف من بعض المتأخرین.

واستدّل رحمه اللّه بالأصل بعد اختصاص إطلاقات الکتاب والسنّه ولو للتبادر وغیره بالمؤمن.

قلت: إن کانت الأدله منصرفه عن المخالف أو لا تشمله إطلاقاتها، فالأصل تام، بل قد ذکرنا أن الأصل فی صوره الشک هو عدم قبول الشهاده مطلقاً.

قال: خصوصاً نحو «رِجَالِکُمْ» و «مِمَّنْ تَرْضَوْنَ» بناءاً علی المعلوم من مذهب الامامیّه من اختصاص الخطاب بالمشافهین دون غیرهم، ولیس المخالف بموجود فی زمن الخطاب. ولو سلّم العموم، فقد عرفت الخبر المفسر لقوله تعالی: «تَرْضَوْنَ» برضا دینه، ولا ریب فی کونه غیر مرضی الدین (۱).

قلت: یشکل أن یکون الخطاب للمؤمنین الواقعیین، علی أنه یقتضی عدم تکلیف المخالفین بطائفه من الأحکام التکلیفیه الصادره بالخطابات.

ثم استدلّ بالنصوص الوارده فی لعن المخالفین والدعاء علیهم، وأنهم « مجوس هذه الاُمه» (۲)و « شرّ من الیهود والنصاری» (۳)، وأنهم « لغیر رشده» (۴)ونحو ذلک (۵).

أقول: والعمده فی الإستدلال إسقاط المخالف عن العداله، لعدم اعتقاده بالولایه، فإذا ثبت ذلک تم الاستدلال.

ص:۸۳۹

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۶.

۲- ۲) مستدرک الوسائل ۱۲: ۳۱۷/۲۴، عوالی اللئالی ۱: ۱۶۶/۱۷۵.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱: ۲۲/۵. أبواب الماء المضاف، الباب ۱۱.

۴- ۴) شرح الأخبار ۱: ۴۴۶/۱۲۴، المناقب لابن شهرآشوب ۳: ۲۴۰.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۱۷.

ومذهب المحقق وجماعه صدق « الفاسق» و « الظالم» عليه (۱). فإن كان المراد هو الصدق العرفی، فإن الفسق لیس من المفاهیم العرفیه التی یرجع فی تشخیصها إلی أهل العرف. وأما فی الشرع فالفسق، یتحقق بمعصیه اللّه، وتحقق ذلک من المخالف محلّ خلاف، فهل فعل المعصیه مع الجهل بکونها معصیه فسق؟ .

لا ـ إشکال فی تحقق الفسق بحسب الواقع بفعل المعصیه مع الجهل بکونها معصیه، وأما بحسب الظاهر، فالشهید الثانی فی (المسالک) علی العدم، فإنه بعد أن اعترف بأن ظاهر الأصحاب الاتفاق علی اشتراط الإیمان قال: وینبغی أن یکون هو الحجّه. ثم ذکر الاستدلال بصدق « الفاسق» و « الظالم» علیه، ثم قال: « وفیه نظر، لأن الفسق إنما یتحقق بفعل المعصیه المخصوصه مع العلم بکونها معصیه، أما مع عدمه بل مع اعتقاد أنها طاعه بل من اُمّهات الطاعات، فلا، والأمر فی المخالف للحق فی الإعتقاد کذلک، لأنه لا ـ یعتقد المعصیه، بل یزعم أن اعتقاده من أهم الطاعات، سواء کان اعتقاده صادراً عن نظر أم تقلید، ومع ذلک لا یتحقق الظلم أیضاً، وإنما یتفق ذلک ممن یعاند الحق مع علمه به، وهذا لا ـ یکاد یتفق وإن توهّمه من لا ـ علم له بالحال، والعامّه مع اشتراطهم العداله فی الشاهد یقبلون شهاده المخالف لهم فی الاصول مالم یبلغ خلافه حدّ الکفر، أو یخالف اعتقاده دلیلاً قطعیّاً بحیث یکون اعتقاده ناشئاً عن محض التقصیر.

والحق: إن العداله تتحقق فی جمیع أهل الملل مع قیامهم بمقتضاها بحسب اعتقادهم، ویحتاج فی إخراج بعض الأفراد إلی الدلیل، وسیأتی فی شهاده أهل

۱- ۱) تقدم عن المحقق. وانظر: مسالک الأفهام ۱۴: ۱۵۹، جامع المقاصد ۲: ۳۷۲، روض الجنان ۲: ۷۶۷، مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۲۹۸، کشف اللثام ۱۰: ۲۷۲.

الذمّه فی الوصیّه ما یدلّ علیه.

وعلی مـا ذکره المصـنف من فسق المخالف، فاشتراط الإیمان بخصوصه مع ما سـیأتی من اشتراط العـداله لا حاجه إلیه، لـدخوله فیه» (۱).

وقد شدّد علیه النکیر الأردبیلی (۲)وصاحب (الجواهر) (۳). وقال کاشف اللثام: هو من الضعف بمکان (۴).

وهو کذلک، ومواقع النظر فیه کثیره، ومنها اسـتدلاله بقبول شـهاده أهل الذمّه فی الوصیّه، فإن قبول الشهاده لا یدلّ علی العداله، وعلی مـا ذکره، لاـ یبقی وجه لاـشتراط الإیمـان، بـل المعتبر هو العـداله سواء اعتقـد بالولاـیه بالإضـافه إلی سائر اعتقاداته أو لا، فیکون « العادل» مثل « العاقل» إذ یصدق « العاقل» علی من کانت أعماله مطابقه لحکم العقل، سواء کان مسلماً أو لا.

وإن أراد تحقق « العـداله» عنـده بحسب اعتقـاداته فی ملّته وکونه معـذوراً، ففیه: إنه یخـالف ظـاهر قوله تعـالی: «قُـلْ هَـلْ نُنَبِّئُکُمْ بِالْأَخْسَـرِینَ أَعْمٰالاً * اَلَّذِینَ ضَلَّ سَـعْیُهُمْ فِی اَلْحَیٰاهِ اَلدُّنْیٰا وَ هُمْ یَحْسَـبُونَ أَنَّهُمْ یُحْسِـنُونَ صُـنْعاً» (۵)إذ لاـ فرق بین هؤلاء والکفّار والمشرکین فی أنهم یحسبون أنهم یحسنون صنعاً.

والتحقیق: إن العذر یکون قبل تمامیّه الحجّه، وهذا ما یحکم به العقل ویرشد

ص:۸۴۱

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۰.

۲- ۲) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۳۰۱.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۱۸.

۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۲۷۲.

۵- ۵) سوره الکهف ۱۸: ۱۰۴.

إليه قوله عز وجل «وَ مٰا كُنّٰا مُعَذِّبِينَ حَتّٰى نَبْعَثَ رَسُولاً» (١)لكن الحجّه قد تمّت (٢)، و «قَدْ تَبَيَّنَ اَلرُّشْدُ مِنَ اَلْغَيِّ» (٣)فالمخالفون فاسقون لا سيّما وأن أكثرهم متعصبون ومعاندون، وفی الخبر: « نحن الذين فرض اللّه طاعتنا، لا يسع الناس إلا معرفتنا، ولا يعذر الناس بجهالتنا، من عرفنا كان مؤمناً، ومن أنكرنا كان كافراً، ومن لم يعرفنا ولم ينكرنا كان ضالاّ حتى يرجع إلى الهدى الذی افترض اللّه عليه من طاعتنا الواجبه، فإن يمت على ضلالته يفعل اللّه به ما يشاء» (۴).

ويدلّ هذا الخبر - كغيره من الأخبار المستفيضه - على أن المخالفين معاقبون وأن جميعهم مقصرون، وإليك نصوص بعضها:

١- محمد بن مسلم قال: « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كلّ من دان اللّه عزوجل بعباده يجهد فيها نفسه ولا إمام له من اللّه، فسعيه غير مقبول، وهو ضال متحير، واللّه شانئ لأعماله، ومثله كمثل شاه ضلّت عن راعيها وقطيعها فهجمت ذاهبه وجائيه يومها، فلما جنّها الليل بصرت بقطيع مع غير راعيها. . . واللّه يا محمد: من أصبح من هذه الأُمّه لا إمام له من اللّه عزّوجلّ، ظاهراً عادلاً، أصبح ضالاّ تائهاً، وإن مات على هذه الحال مات ميته كفر ونفاق. واعلم يا محمد أن أئمه الجور وأتباعهم لمعزولون عن دين اللّه، قد ضلّوا وأضلّوا، فأعمالهم التی يعملونها

١- ١) سوره الإسراء ١٧: ١۵.

٢- ٢) وأی حجه أتم وأكمل مما ورد فی خصوص الولايه كتاباً وسنه؟ ناهيك بحديث الغدير الذی فاق حدّالتواتر بأضعاف مضاعفه عند المسلمين ودل على الامامه والولايه بكلّ وضوح باعتراف المخالفين، وإن شئت الوقوف على طرف من طرق هذا الحديث، والاطلاع على جانب من وجوه دلالته، فراجع الأجزاء ۶ - ٩ من كتابنا (نفحات الأزهار فی خلاصه عبقات الأنوار فی إمامه الأئمه الأطهار) وكتاب (الغدير) .

٣- ٣) سوره البقره ٢: ٢۵۶.

۴- ۴) الكافی ١: ١۴۴/١١. باب فرض طاعه الأئمه.

«كَرَمٰادٍ اِشْتَدَّتْ بِهِ اَلرِّيحُ فِي يَوْمٍ عٰاصِفٍ لاٰ يَقْدِرُونَ مِمّٰا كَسَبُوا عَلىٰ شَيْءٍ ذٰلِكَ هُوَ اَلضَّلاٰلُ اَلْبَعِيدُ» (۱).

۲ - ابن أبی نصر، عن أبی الحسن علیه السلام « فی قول اللّه عز وجل «وَ مَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اِتَّبَعَ هَوٰاهُ بِغَيْرِ هُدىً مِنَ اَللّٰهِ» (۲)قال: یعنی من اتّخذ دینه ورأیه بغیر إمام من أئمه الهدی» (۳).

۳ - عبد اللّه بن أبی یعفور فی حدیث عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « لا دین لمن دان اللّه بولایه إمام جائر لیس من اللّه، ولا عتب علی من دان بولایه إمام عادل من اللّه. قلت: لا دین لاُولئک ولا عتب علی هؤلاء؟ قال: نعم، لا دین لاُولئک، ولا عتب علی هؤلاء، ثم قال: ألا تسمع لقول اللّه عزوجل «اَللّٰهُ وَلِيُّ اَلَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُمْ مِنَ اَلظُّلُمٰاتِ إِلَى اَلنُّورِ» (۴)یعنی ظلمات الذنوب إلی نور التوبه والمغفره لولایتهم کلّ إمام عادل من اللّه. وقال «وَ اَلَّذِينَ كَفَرُوا أَوْلِيٰاؤُهُمُ اَلطّٰاغُوتُ يُخْرِجُونَهُمْ مِنَ اَلنُّورِ إِلَى اَلظُّلُمٰاتِ» (۵)إنما عنی بهذا أنهم کانوا علی نور الإسلام، فلمّا أن تولّوا کلّ إمام جائر لیس من اللّه عزّوجلّ، خرجوا بولایتهم من نور الإسلام إلی ظلمات الکفر، فأوجب اللّه لهم النار مع الکفار، فأولئک أصحاب النار هم فیها خالدون» (۶).

۱- ۱) الکافی ۱: ۳۰۶/۲. باب فیمن دان اللّه بغیر إمام من اللّه.

۲- ۲) سوره القصص ۲۸: ۵۰.

۳- ۳) الکافی ۱: ۳۰۶/۱. باب فیمن دان اللّه بغیر إمام من اللّه.

۴- ۴) سوره البقره ۲: ۲۵۷.

۵- ۵) سوره البقره ۲: ۲۵۷.

۶- ۶) الکافی ۱: ۳۰۷/۳. باب فیمن دان اللّه بغیر إمام من اللّه.

۴ – الحارث بن المغیره: « قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: من مات لا یعرف إمامه مات میته جاهلیه؟

قال: نعم.

قلت: جاهلیه جهلاء أو جاهلیه لا یعرف إمامه؟ .

قال: جاهلیه کفر ونفاق وضلال» (۱).

نعم، مع إظهارهم الشهادتین یشکل القول بنجاستهم کما عن بعض الأصحاب (۲)، وقد کان رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم یعاشرهم ویعاملهم معامله الاسلام، ولا ینافی ذلک کونهم کفاراً فی الواقع.

والحاصل: أنه لا تقبل شهاده غیر المؤمن الاثنی عشری مطلقاً.

قبول شهاده الذمّی فی الوصیّه

قال المحقق: « نعم، تقبل شهاده الذمی خاصّه فی الوصیّه إذا لم یوجد من عدول المسلمین من یشهد بها، ولا یشترط کون الموصی فی غربه، وباشتراطه روایه مطرحه» (۳).

ذکر نصوص المسأله

اشاره

أقول: ینبغی أن نورد أوّلاً النصوص الوارده فی المسأله، ثم نتعرّض لجهات البحث فیها:

۱– ۱) الکافی ۱: ۳۰۸/۳ باب من مات ولیس له إمام.

۲– ۲) انظر کشف اللثام ۱: ۴۱۰، إیضاح الفوائد ۱: ۲۷، جواهر الکلام ۶: ۵۸ ۵۹.

۳– ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

فی الوسائل باب: [قبول شهاده المسلم علی الکافر وعدم جواز قبول شهاده الکافر علیه ولو ذمیّاً عدا ما استثنی]:

١ – أبو عبیده عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « تجوز شهاده المسلمین علی جمیع أهل الملل، ولا تجوز شهاده أهل الذمّه [الملل] علی المسلمین» (١).

٢ – سماعه قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده أهل الملّه، قال: فقال: لا تجوز إلّاعلی ملّتهم. . .» (٢).

وفی باب: [أن الکافر إذا أشهد علی شهاده ثم أسلم فشهد بها قبلت] روایات نذکر بعضها. ولا یخفی أنه لا إطلاق لهذا العنوان، لأنه فی مقام بیان أنه لاتلحظ الحاله السابقه مع تحقق الإسلام حین أداء الشهاده، فلا وجه للاستدلال بأخبار هذا الباب علی قبول شهاده المسلم مطلقاً. ومن أخبار هذا الباب:

١ – صفوان بن یحیی: « إنه سأل أبا الحسن علیه السلام عن رجل أشهد أجیره علی شهاده ثم فارقه، أتجوز شهادته بعد أن یفارقه؟ قال: نعم، قلت: فیهودی أُشهد علی شهاده ثم أسلم أتجوز شهادته؟ قال: نعم» (٣).

٢ – محمد بن حمران عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « سألته عن نصرانی أُشهد علی شهاده ثم أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: نعم، هو علی موضع شهادته» (۴).

٣ – محمد بن مسلم عن أحدهما: قال: « سألته عن الصبیّ والعبد والنصرانی

١– ١) وسائل الشیعه ٢٧: ٣٨۶/١. کتاب الشهادات، الباب ٣٨.

٢– ٢) وسائل الشیعه ٢٧: ٣٨۶/٢. کتاب الشهادات، الباب ٣٨.

٣– ٣) وسائل الشیعه ٢٧: ٣٨٧/٢. کتاب الشهادات، الباب ٣٩.

۴– ۴) وسائل الشیعه ٢٧: ٣٨٧/٣. کتاب الشهادات، الباب ٣٩.

يشهدون شهاده فيسلم النصرانى، أتجوز شهادته؟ قال: نعم» (۱).

۴ – السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام « قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: اليهودى والنصرانى إذا أشهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم» (۲).

۵ – إسماعيل بن أبى زياد عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: « إن شهاده الصبيان إذا شهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهود والنصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم» (۳).

وفى باب [قبول شهاده اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم على الوصيه فى الضروره]:

۱ – الحلبى قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام هل تجوز شهاده أهل الذمه على غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إن لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (۴).

وهذا الخبر مخصص لما تقدم، وهو مطلق غير مقيّد بالوصيّه.

۲ – أحمد بن عمر قال: « سألته عن قول اللّه عزوجل: «ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» (۵)قال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم يجد من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم قال: سنّوا بهم سنّه أهل الكتاب، وذلك إذا مات الرجل بأرض غربه

۱– ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۸/۴. كتاب الشهادات، الباب ۳۹.

۲– ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۸/۵. كتاب الشهادات، الباب ۳۹.

۳– ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۹/۸. كتاب الشهادات، الباب ۳۹.

۴– ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۹/۱. كتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۵– ۵) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب» (۱).

ويفيد هذا الخبر وجود خصوصيه فى أهل الكتاب، فلا تقبل شهاده غيرهم من الكفار.

۳ – هشام بن الحكم عن أبى عبد اللّه عليه السلام « فى قول اللّه عز وجل: «أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» فقال: إذا [إن] كان الرجل فى أرض غربه ولا يوجد فيها مسلم، جازت شهاده من ليس بمسلم فى [على] الوصيه» (۲).

و إطلاق « من ليس بمسلم» يقيد بما دلّ على اشتراط كونه من أهل الكتاب، وقوله « فى الوصيه» يقيد إطلاق ما دلّ على القبول مطلقاً.

۴ – سماعه: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن شهاده أهل الملّه. قال: فقال لا تجوز إلا على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيّه، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (۳).

وهذا أيضاً مقيّد بالوصيّه. اللهم إلا أن يؤخذ بعموم التعليل فى « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» فلا يختص القبول بها.

وفى باب [ثبوت الوصيه بشهاده مسلمين عدلين وبشهاده ذميين مع الضروره وعدم وجود المسلم]:

۱ – ضريس الكناسى: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهاده أهل الملل، هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: لا، إلّاأن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصيه، لأنه لا

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۰/۲. كتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۰/۳. كتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۹۰/۴. كتاب الشهادات، الباب ۴۰.

يصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا تبطل وصيّته» (١).

٢ - أبو الصباح الكنانى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «يَا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ حِينَ اَلْوَصِيَّهِ اِثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» (٢)قلت: ما آخران من غيركم؟ قال: هما كافران. قلت: ذوا عدل منكم. قال: مسلمان» (٣).

٣ - الحلبى ومحمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « سألته هل تجوز شهاده أهل ملّه من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٤).

٤ - حمزه بن حمران عن أبى عبد اللّه عليه السلام: قال: « سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» قال فقال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه، فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته، فلم يجد مسلمين، فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما» (٥).

٥ - يحيى بن محمد قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قول اللّه عزّوجلّ «أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا. . .» (۶)قال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم

١- ١) وسائل الشيعه ١٩: ٣٠٩/١. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٢- ٢) سوره المائده ۵: ١٠۶.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٩: ٣٠٩/٢. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

۴- ۴) وسائل الشيعه ١٩: ٣١٠/٣. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

۵- ۵) وسائل الشيعه ١٩: ٣١٢/٧. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

۶- ۶) سوره المائده ۵: ١٠۶.

من أهل الكتاب، فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم سنّ فيهم سنّه أهل الكتاب فى الجزيه، وذلك إذا مات الرجل فى أرض غربه فلم يوجد مسلمان. . .» (۱).

وفى خبر سعد بن عبد اللّه فى (بصائر الدرجات) عن المفضل بن عمر عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى كتاب إليه قال: « وأما ما ذكرت أنهم يستحلّون الشهادات بعضهم لبعض على غيرهم، فإن ذلك لا يجوز ولا يحلّ، وليس هو على ما تأوّلوا إلّاالقول اللّه عزوجل «يَا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَهُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ. . .» وذلك إذا كان مسافراً، فحضره الموت، أشهد اثنين ذوى عدل من أهل دينه، فإن لم يجد فآخران ممن يقرأ القرآن من غير أهل ولايته. . .» (۲).

هذه طائفه من أخبار المسأله ذكرناها بقدر الحاجه.

قال المحقق: « تقبل شهاده الذمى خاصه فى الوصيّه إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها» (۳).

أقول: قيّد المحقق قبول شهاده غير المؤمن بثلاثه قيود:

الأول: كونه ذمّياً، وقد احترز بقوله: « خاصه» عن غيره.

والثانى: فى الوصيّه، وقد احترز به عن غيرها.

والثالث: إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها.

وفى الأخبار المذكوره ما يدلّ على كلّ واحد من هذه القيود، كما لا يخفى.

وتفصيل الكلام فى هذه المسأله يكون بالبحث فى جهات:

ص:۸۴۹

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۹: ۳۱۱/۶. كتاب الوصايا، الباب ۲۰.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۹: ۳۱۳/۸. كتاب الوصايا، الباب ۲۰.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۱ – هل تقبل شهاده الذمی فی الوصیه بالولایه؟

الظّاهر: أنّه تقبل شهاده الذمی فی الوصیه فی الأموال والولایه.

لکن فی (المسالک) : فی الأموال. قال: والحکم مختص بوصیّه المال، فلا تثبت الوصیه بالولایه المعبّر عنها بالوصایه، وقوفاً فیما خالف الأصل علی مورده (۱).

قلت: لا یوجد فی الروایات ما یمکن أن یستظهر منه التقیید بالأموال إلّا جمله: « لأنه لا یصلح ذهاب حق أحد» بدعوی عدم کون الولایه ونحوها من الحقوق. ولعلّه المراد من قول الأردبیلی: إنه یشعر بذلک بعض الروایات (۲).

ولکن الظاهر شمول « الحق» فی الروایه لحق الوصایه أیضاً.

۲ – هل تقبل شهاده الذمی خاصه أو تقبل من مطلق أهل الکتاب؟

الظاهر الإتفاق علی عدم قبول شهاده الکافر الحربی وغیر الکتابی، وقد عرفت دلاله بعض الأخبار المذکوره علی القبول من غیر تقیید بالذمی، نعم، جاء فی خبر حمزه بن حمران حیث قال علیه السلام « أشهد علی وصیته رجلین ذمیین من أهل الکتاب مرضیین عند أصحابهما» (۳).

لکن قیل: بأنه ضعیف سنداً فلا یصلح للتقیید (۴).

ص:۸۵۰

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۳.

۲- ۲) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۳۰۷.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۱۲/۷.

۴- ۴) مبانی تکمله المنهاج: فإن حمزه بن حمران لم یرد فیه توثیق ولا مدح، فالخبر ضعیف وعمل الأصحاب غیر جابر فالذمیه غیر معتبره (۱: ۲۶۰) . قلت: وینبغی أن یضاف إلی ذلک عدم دلاله روایه أصحاب الإجماع علی الوثاقه، فقد ذکروا روایه صفوان وابن أبی عمیر عنه. فتأمل.

إلا أن عمل الأصحاب بل الإجماع كما قيل، يجبر ضعفه عندنا، واحتمال أنهم قد أفتوا بذلك لا عملاً بالخبر، بل لعلّهم فهموا خصوص الذمى من أخبار المسأله، ضعيف جداً، خصوصاً مع التصريح المذكور فى خبر حمزه بن حمران.

وأما التقييد به فى خبر الحلبى، فقد جاء فى السؤال حيث قال: « هل تجوز شهاده أهل الذمه على غير أهل ملّتهم؟» (۱)على أنه لا تعرّض فى الجواب للوصيّه.

فالحاصل، اختصاص القبول بالذمى خاصه، لخبر حمزه المنجبر بالعمل.

۳ – إختصاص القبول بالوصيه

إن قبول شهاده الذمى مختص بالوصيّه، كما دلّ عليه قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَهُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ حِينَ اَلْوَصِيَّهِ. . .» (۲).

وكذا أخبار المسأله بعد تقييد مطلقاتها بمقيداتها، بل عليه الإجماع بقسميه فى (الجواهر) (۳).

۴ – هل يتقدّم المسلمان الفاسقان على الذميين؟

قد عرفت قول المحقق: « إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها» (۴)

۱– ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۹/۱. كتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۲– ۲) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

۳– ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۲۰.

۴– ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

وفی (الجواهر) : لا یلحق بأهل الذمه فساق المسلمین فی الحکم المزبور، لحرمه القیاس عندنا (۱).

لکن عن العلّامه فی (التذکره) : « لو وجد مسلمان فاسقان، فإن کان فسقهما بغیر الکذب والخیانه، فالأولی أنهما أولی من أهل الذمّه، ولو کان فسقهما یتضمن اعتماد الکذب وعدم التحرّز عنه فأهل الذمه أولی» وقال أیضاً: « ولو وجد مسلمان مجهولا العداله، فهما أولی من شهود أهل الذمه» (۲).

ومال إلیه فی (المسالک) (۳).

أقول: الأولویه التی ذکرها متوقفه علی القطع بالملاک، وحصوله مشکل جدّاً، لا سیما مع اشتراط العداله فی الکافر الذمّی علی مذهبه، کما هو مدلول بعض الأخبار، إذ لا یخفی أن الصالح فی مذهبه مقدّم علی المسلم الفاسق، لا سیما غیر المتحرز عن الکذب.

وإن کان دلیل ما ذهب إلیه هو الأخذ بعموم التعلیل فی قوله علیه السلام « لأنه لا یصلح ذهاب حق أحد» (۴)ففیه:

أوّلاً: إن مقتضی عموم التعلیل هو القبول فی غیر الوصیه أیضاً، وهذا لا یقول به أحد، اللهم إلّاأن یقال: بأن فی الوصیه خصوصیه تقتضی القبول ولیست فی غیرها، وهی موت الشخص الموصی، فإنه إذا لم تقبل الشهاده علی وصیته ضاع حقه، ولا طریق آخر إلی إثباته.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱.

۲- ۲) تذکره الفقهاء: ۲/۵۲۲. (حجری) ، جواهر الکلام ۴۱: ۲۱.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۳، جواهر الکلام ۴۱: ۲۱.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۰/۴. کتاب الشهادات، الباب ۴۰.

وثانياً: إن الإستدلال المذكور يتوقف على كون الجمله المذكوره علّه لا حكمه.

هذا، مع أن صريح الآيه الكريمه اشتراط العداله فى الشاهدين المسلمين.

۵ – هل تقبل شهاده المسلم العدل الواحد مع ذمّى واحد؟

قد يقال بذلک، ووجهه الأولويه فى القبول من الذميين.

وفيه: إنه يتوقف على القطع بالملاک کما تقدّم.

۶ – هل يشترط کون الموصى فى غربه؟

قال المحقق: « ولا يشترط کون الموصى فى غربه، وباشتراطه روايه مطرحه» (۱).

أقول: فى هذه الجهه قولان، وظاهر الآيه الکريمه: «يَا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ حِينَ اَلْوَصِيَّةِ اِثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي اَلْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ اَلْمَوْتِ» (۲). کون الموصى مسافراً، فالجمله شرطيه ومفهومها حجه، وبه أخذ جماعه، کالشيخ فى (المبسوط) (۳)وابن الجنيد (۴)وأبى الصلاح الحلبى (۵)، بل ربما يفهم من بعضهم

ص:۸۵۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

۳- ۳) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۱۸۷.

۴- ۴) مختلف الشيعه ۸: ۵۰۷. عن ابن الجنيد.

۵- ۵) الکافى فى الفقه: ۴۳۶.

الإجماع علیه کما فی (الجواهر) (۱).

والإشتراط صریح أخبار أحمد بن عمر (۲)، وهشام بن الحکم (۳)، وحمزه بن حمران (۴)، وقد جاءت الأخیره فی (المسالک) و (الجواهر) وغیرهما بلفظ « إنما ذلک إذا کان الرجل المسلم فی أرض غربه» (۵)أی بکلمه « إنما» الداله علی الحصر، وهی غیر موجوده فی الوسائل (۶).

وکیف کان، فإن الجمله شرطیه، ومفهومها حجه، والسند فی الأولین تام بلا کلام، فلا وجه للطرح، ودعوی الإجماع علی عدم الاشتراط غیر تامه.

ودعوی ورود ذلک مورد الغالب کما فی (الجواهر) (۷)، کما تری، إذ لا تدخل أداه الحصر « إنما» ولا تجیء الجمله الشرطیه حیث یکون القید وارداً مورد الغلبه.

نعم، لو کانت الجمله « لأنه لا یصلح ذهاب حق أحد» تعلیلیه، أمکن رفع الید بها عن قید « السفر» بناءاً علی تقدّم عموم العلّه علی المفهوم، لکن فی ظهور الجمله المذکوره فی التعلیل تأمل.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۰/۲. کتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۰/۳. کتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۱۲/۷. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

۵- ۵) المسالک: ۱۴/۱۶۲، جواهر الکلام ۴۱: ۲۰.

۶- ۶) کلمه « إنّما» موجوده فی الکافی. راجع الکافی ۷: ۳۹۹/۸.

۷- ۷) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰.

۷ – هل یشترط إحلاف الذمی؟

قال العلامه فی (التحریر) : « الأقرب إحلاف الشاهدین علی ما تضمّنته الآیه (۱)، ولم أجد من قال بذلک» (۲).

وفی (المسالک) : « ظاهر الآیه إحلاف الذمیّ بعد العصر بالصوره المذکوره فی الآیه، وهو إنهما ما خانا ولا کتما شهاده اللّه ولا اشتریا به ثمناً قلیلًا ولو کان ذا قربی، واعتبر العلّامه أیضاً فی التحریر، ولا ریب فی أولویته، إذ لا معارض له، وعمومات النصوص غیر منافیه له» (۳).

واقتصر المقداد فی (التنقیح) علی ذکر قول العلّامه حیث قال: « وهل یشترط الإحلاف؟ قال العلّامه: نعم، عملاً بظاهر الآیه، ولم یذکر غیره ذلک» (۴).

وعلی هذا، فوجه نسبه القول بعدم الاشتراط إلی المشهور فی (الروضه) هو عدم تعرّض القدماء لهذه المسأله، إذ لو اشترطوا لذکروا.

وکیف کان، فالأقرب ما ذهب إلیه العلّامه عملاً بظاهر الآیه المبارکه، وقد روی فی شأن نزولها الخبر الآتی: محمد بن یعقوب، عن علی بن إبراهیم، عن رجاله – رفعه – قال: خرج تمیم الداری مسلماً وابن بندی وابن أبی ماریه نصرانیین، وکان مع تمیم الداری خرج له فیه متاع، وآنیه منقوشه بالذهب، وقلاده، أخرجها إلی بعض أسواق العرب للبیع، فاعتلّ تمیم الداری علهً شدیده، فلمّا حضره الموت دفع ما کان معه إلی ابن بندی وابن أبی ماریه، وأمرهما أن یوصلاه إلی ورثته.

فقدما إلی المدینه وقد أخذا من المتاع الآنیه والقلاده، فقالوا لهما: هل مرض

۱- ۱) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

۲- ۲) تحریر الأحکام ۵: ۲۴۶.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۳.

۴- ۴) التنقیح الرائع ۴: ۲۸۷.

صاحبنا مرضاً طويلًا أنفق فيه نفقه كثيره؟ قالا: لا، ما مرض إلا أياماً قلائل. قالوا: فهل سرق منه شیء فی سفره هذا؟ قالا: لا. قالوا: فهل اتّجر تجاره خسر فيها؟ قالا: لا. قالوا: فقد افتقدنا أفضل شیء كان معه، آنيه منقوشه بالذهب مكلّله بالجوهر، وقلاده. فقالا: ما دفع إلينا فأدّيناه إليكم. فقدّموهما إلى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم، فأوجب رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم عليهما اليمين فحلفا، فخلّا عنهما.

ثم ظهرت تلك الآنيه والقلاده عليهما، فجاء أولياء تميم إلى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم فقالوا: قد ظهر على ابن بندی وابن أبی ماريه ما ادّعيناه عليهما. فانتظر رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم الحكم من اللّه فی ذلک، فأنزل اللّه تبارک وتعالى: «يا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا شَهادَةُ بَيْنِكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ اَلْمَوْتُ حِينَ اَلْوَصِيَّةِ اِثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِی اَلْأَرْضِ» (۱)فأطلق اللّه شهاده أهل الكتاب على الوصيه فقط، إذا كان فی سفر ولم يجد المسلمين، «فَأَصابَتْكُمْ مُصِيبَةُ اَلْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ اَلصَّلاةِ فَيُقْسِمانِ بِاللّهِ إِنِ اِرْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِی بِهِ ثَمَناً وَ لَوْ كانَ ذا قُرْبى وَ لا نَكْتُمُ شَهادَةَ اَللّهِ إِنّا إِذاً لَمِنَ اَلْآثِمِينَ» (۲)فهذه الشهاده الاولى التی جعلها رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم «فَإِنْ عُثِرَ عَلى أَنَّهُمَا اِسْتَحَقّا إِثْماً» (۳)أی: إنهما حلفا على كذب «فَآخَرانِ يَقُومانِ مَقامَهُما» (۴)يعنی من أولياء المدعى «مِنَ اَلَّذِينَ اِسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ اَلْأَوْلَيانِ فَيُقْسِمانِ

۱- ۱) (و۲) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

۲- ۲)

۳- ۳) (و۴) سوره المائده ۵: ۱۰۷.

۴- ۴)

بِاللّهِ» (۱) يحلفان باللّه أنهما أحق بهذه الدعوى منهما، فإنهما قد كذبا فيما حلفا باللّه «لَشَهادَتُنا أَحَقُّ مِنْ شَهادَتِهِما وَ مَا اِعْتَدَيْنا إِنّا إِذاً لَمِنَ اَلظّالِمِينَ» (۲).

فأمر رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم أولياء تميم الدارى أن يحلفوا باللّه على ماأمرهم، فحلفوا، فأخذ رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم القلاده والآنيه من ابن بندى وابن أبى ماريه، وردّهما على أولياء تميم الدارى. «ذٰلِكَ أَدْنىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهادَهِ عَلىٰ وَجْهِها أَوْ يَخافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمانٌ بَعْدَ أَيْمانِهِمْ» (۳)(۴).

هذا، وليس فى القصه ذكر للوصيّه، فإن مورد نزول الآيه بالنظر إلى هذه الروايه هو النزاع فى مال الميت، فكيف نقول باختصاص القبول بالوصيه؟ ولماذا لا نقبل الشهاده فى نظير مورد نزول الآيه، كما لو سافر مسلم مع ذميين ثم مات المسلم، فاتّهم وليّه الذمّيين بأنهما قتلاه، فشهد ذميان آخران على أنه مات حتف أنفه؟ هذا فيه تأمّل.

ثم إنه لم يتعرّض أحد فيها نعلم للبحث فى أنه هل يشترط فى الإحلاف الإرتياب أو لا؟ وظاهر الآيه هو الإشتراط. إذن، تكون شهادتهما مقبوله مالم يحصل ارتياب، فإن حصل فمع اليمين «فَإِنْ عُثِرَ عَلىٰ أَنَّهُمَا اِسْتَحَقّا إِثْماً فَآخَرانِ يَقُومانِ مَقامَهُما. . .» .

۸ – ما المراد من (الضروره) ؟

جاء فى (الوسائل) قيد الضروره لقبول شهاده الذميين فى الوصيه (۵)، فهل

۱- ۱) سوره المائده ۵: ۱۰۷.

۲- ۲) سوره المائده ۵: ۱۰۷.

۳- ۳) سوره المائده ۵: ۱۰۸.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۱۹: ۳۱۴/۱. كتاب الوصايا، الباب ۲۱.

۵- ۵) وسائل الشيعه: ۱۹/۳۰۹.

المراد منها كون المسلم فى سفر، أو المراد كون الوصيه ضروريه، أى لازمه، كالامور الواجبه شرعاً وحقوق الناس، فلو كانت فى أمور جزئيه أو مستحبه فلاـ تقبل شـهادتهما؟ الظاهر: إن المراد هو الأوّل، وإن كان الصـحيح عـدم الحاجه إلى إضافه هـذا القيد حينئذ، وعليه، فتقبل شهادتهما وإن كانت الوصيه فى أمور غير واجبه شرعاً.

٩ – هل يشترط فى القبول عدم من يقوم مقام المسلمين؟

الأـقوى بمناسـبه الحكم والموضوع هو الإشتراط، فإن وجـدت أربع نسوه مسـلمات فلا تصل النوبه إلى الـذميين، كما أن شـهاده المسـلم الواحـد تقبل مع اليمين فى المال كما ذكرنا فى كتاب القضاء فيتقـدم حينئـذ على الـذميين، بإلغاء خصوصـيه « الرجلين» لمناسبه الحكم والموضوع، وهو الموافق للإعتبار.

ومع الشك فى التقدم، يكون المرجع العمومات الدالّه على عدم قبول شهاده غير المسلم.

طريق ثبوت الإيمان فى الشاهد

قال المحقق قدّس سرّه: « ويثبت الإيمان بمعرفه الحاكم أو قيام البيّنه أو الإقرار» (١).

أقول: قـال فى (المسالـک) : مرجع الثلاـثه إلى الإـقرار، لأـن الإيمـان أمر قلـبى لاـ يمكن معرفته إلّـامن معتقـده بالإـقرار، ولكن المصنف اعتبر الوسائط بينه وبين

ص:٨٥٨

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٢۶.

المقر (۱).

وأشكل عليه فی (الجواهر) بقوله: وفیه: إنه وإن کان أمراً قلبیاً، لکن له آثار ولوازم یمکن بها معرفته بدون الإقرار، کما هو مشاهد فی کثیر من الناس، بل السیره القطعیه علیه، کغیره من الامور الباطنه، ولهذا قال المصنف ما سمعت، لا لما ذکره، والأمر سهل (۲).

قلت: لکن هنا بحث آخر وهو: إنه إذا کان الإقرار من شرائط الإیمان، وأنه إذا لم یقر فلیس بمؤمن، فإن الآثار لا تترتب وإن کان الإیمان الباطنی معلوماً بآثاره، کما أنه إذا جحد بلسانه عدّ کافراً وإن کان مستیقناً قلبه. نعم، لو کان الإیمان هو الإعتقاد الباطنی فحسب، أمکن ترتیب الأثر علیه مع العلم به بآثاره.

وأما إذا کان الإقرار شرطاً للإیمان أو جزءاً، کان مرجع الامور الثلاثه إلی الإقرار کما ذکر الشهید الثانی، فإن أقرّ وعلم بعد اعتقاده الباطنی کان منافقاً، وتجری فی حقّه أحکام الإسلام دون الإیمان، وإن أقرّ ولم یعلم بعدم اعتقاده ولم یکن متّهماً فی إقراره، کان إقراره طریقاً إلی معرفه اعتقاده، وترتب أحکام الإیمان من قبول الشهاده ونحوه وإن لم یکن هناک شیء من آثار الإیمان. وعلی هذا، فلو أقرّ ووجد منه آثار الصدق والخیر فلا حاجه إلی البیّنه.

فتلخّص: قبول شهاده المؤمن الجامع لشرائط القبول علی جمیع الناس ولجمیع الناس، ویدلّ علیه بالإضافه إلی الإجماع طائفه من الأخبار.

وفی (الجواهر) إن لقوله تعالی: «وَ کَذٰلِکَ جَعَلْنٰاکُمْ أُمَّهً وَسَطاً لِتَکُونُوا

ص:۸۵۹

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۴.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱.

شُهَدٰاءَ عَلَى اَلنّٰاسِ» (۱)إشعاراً بذلک (۲).

أی: إن الآیه الکریمه وإن کانت ناظره إلی شأن هـذه الاُمّه فی الآخره کما فی بعض الأخبار - (۳)إلا أن ذلک لا ینافی الاستفاده منها لما نحن فیه، ولذا قال: إن فیها إشعاراً به.

وأما الکافر الحربی، فلا تقبل شهادته علی أحد ولو کان من أهل ملّته، فضلاً عن المسلمین، للإجماع.

هل تقبل شهاده الذمی علی الذمی؟

قـال المحقّق: « وهـل تقبـل شـهاده الـذمی علی الـذمی؟ قیل: لا وکـذا لا تقبل علی غیر الـذمی، وقیل: تقبل شـهاده کلّ ملّه علی ملّتهم، وهو استناد إلی روایه سماعه، والمنع أشبه» (۴).

أقول: هنا أقوال:

أحدها: عدم قبول شـهاده الذمی علی الذمی وغیر الذمی، فی الوصـیه وغیر الوصـیه، والقائل به المشهور کما فی (الجواهر) ، بل عن جماعه الإجماع علی عدم قبولها علی المسلم فی غیر الوصیه (۵).

والثانی: قبول شهاده أهل کلّ ملّه علی ملّتهم، والقائل به الشیخ فی محکی

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۱۴۳.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲.

۳- ۳) الکافی ۱: ۱۴۶/۲ و۱۴۷/۴. باب إن الأئمه شهداء اللّٰه علی خلقه.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲.

(الخلاف) (۱)و (النهایه) (۲)، بل عن الأول نسبته إلی أصحابنا ولکن مع اشتراط الترافع إلینا (۳)، لروایه سماعه: قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده أهل المله؟ قال فقال: لا تجوز إلا علی ملّتهم» (۴).

وعن کاشف اللثام: « هو قوی، إلزاماً لأهل کلّ ملّه بما تعتقده، وإن لم یثبت عندنا، لفسق الشاهد وظلمه عندنا» (۵).

والثالث: قبول شهاده الکفار بعضهم علی بعض وإن اختلف الملّتان مع العداله فی دینهم. والقائل به أبو علی الإسکافی (۶)لروایه ضریس الکناسی (۷)، وروایه الحلبی ومحمد بن مسلم (۸)المذکورتین سابقاً.

وعن کاشف اللثام: « وهو قوی إذا کان الشاهد ذمیاً والمشهود علیه حربیاً، کما هو ظاهر الخبر، لصحته، ولأن علینا رعایه الذمه، فلا علینا أن نحکم لهم بشهادتهم علی أهل الحرب» (۹).

واختار فی (الجواهر) القول الأوّل، وفاقاً للمحقق والمشهور، لأنه أشبه بأُصول المذهب وقواعده التی منها معلومیه اشتراط الإسلام والإیمان والعداله فی

۱- ۱) کتاب الخلاف ۶: ۲۷۳، المسأله ۲۲.

۲- ۲) النهایه: ۳۳۴.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۲۳ ۲۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹/۴. کتاب الشهادات، الباب ۴۰.

۵- ۵) کشف اللثام ۱۰: ۲۷۳.

۶- ۶) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲.

۷- ۷) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۰۹/۱. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

۸- ۸) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۱۰/۳. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

۹- ۹) کشف اللثام ۱۰: ۲۷۳.

الشاهد، المعلوم انتفاؤها إجماعاً فی الفرض (۱).

وقد أجاب عن خبری الحلبی والکناسی بأنهما مع عدم دلالتهما علی تمام المدّعی، بل الثانی منهما لا یوافق إطلاق أبی علی محمولان علی إراده بیان قبول خصوص شهادتهم علی المسلم فی خصوص الوصیه کما صرح به فی الخبر الثانی، بل لعلّ التعلیل فی الأوّل وهو قوله علیه السلام: إنه لا یصلح ذهاب حق أحدیرشد إلی ذلک، بقرینه وجوده فی نصوص قبول شهادتهم فی الوصیه (۲).

وعن روایه سماعه المذکوره (۳)بوجوه:

أحدها: کونها موافقه للمحکی عن أبی حنیفه والثوری.

والثانی: عدم العمل بها إلّامن الشیخ.

والثالث: إن مقتضی المحکی عن الشیخ ضعفها عنده، لأن فی سندها العبیدی وقد قال: إنه ضعیف، استثناه أبو جعفر ابن بابویه من رجال نوادر الحکمه وقال: إنه لا أروی ما یختص بروایته (۴).

قال: مع أن المحکی عن مبسوطه أیضاً اختیار المنع مطلقاً (۵)، بل قد سمعت اشتراطه فی محکی الخلاف بالترافع إلینا (۶)، وقد قال فی محکی المختلف: إنما نقول به لأنه إذا ترافعوا إلینا وعدّلوا الشهود عندهم، فإن الأولی هنا القبول (۷)، بل عن

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۴.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۳.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۱۱/۵. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

۴- ۴) الفهرست للطوسی: ۴۰۲/۶۱۲. مکتبه المحقق الطباطبائی.

۵- ۵) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۱۸۷.

۶- ۶) الخلاف: ۶/۲۷۴، المسأله ۲۲.

۷- ۷) مختلف الشیعه ۸: ۵۰۶.

المقـداد فی التنقیـح المیـل إلیه أیضاً بالمعنی المزبور (۱)، قـال بعـد أن حکی عن الخلاـف ما سـمعت: وهـذا فی الحقیقه قضاء بالإقرار، لما تقدم أنه إذا أقرّ الخصم بعداله الشاهد حکم علیه، وقد سمعت ما فی کشف اللثام (۲).

أقول: الکفار علی خمسه أقسام:

۱ - غیر أهل الکتاب.

۲ - ۳ - أهل الکتاب، وهؤلاء ینقسمون إلی أهل الذمه، وغیر أهل الذمه وهم الحربیون. فهذه ثلاثه أقسام

۴ - الکفار المنتحلون للإسلام، کالمجبره والمجسمه ومن أنکر شیئاً من ضروریات الدین.

۵ - النواصب.

والـدلیل علی ما ذهب إلیه الشـیخ من قبول شـهاده أهل کلّ ملّه علی ملّتهم غیر منحصـر بخبر سـماعه المذکور، وإن کانت عباره المحقق موهمه لذلک (۳)، فیدلّ علیه - مضافاً إلیه - خبرا أبی عبیده الحذاء (۴)وضریس الکناسی (۵).

وقد اسـتدلّ الشیخ نفسه بحدیث رواه عن معاذ بن جبل عن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم حیث قال: « وروی ابن غنم قال: سألت معاذ بن جبل عن

۱- ۱) التنقیح الرائع ۴: ۲۸۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۴.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۸/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۸.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۹: ۳۰۹/۱. کتاب الوصایا، الباب ۲۰.

شهاده اليهود على النصارى، فقال سمعت النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم يقول: لا تقبل شهاده أهل دين على غير أهل دينهم إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم» (۱).

قال: « وهذا الذى اخترناه، والوجه فيه إذا اختاروا الترافع إلينا، فأمّا إن لم يختاروا فلا يلزمهم ذلك» (۲).

وليست عبارته المذكوره تفصيلاً فى المسأله كما قد يتوهم، والحديث المذكور مطلق يعم الشهاده « له» و « عليه» .

ولعل المحقق والقوم لم يعتبروا هذا الحديث، من جهه أن راويه عامى، وإن كان مروياً فى بعض كتب الخاصه وموردا للاستناد، مثل حديث « على اليد. . .» (۳). ونحوه، ولعلّهم حملوه على التقيه لموافقته لرأى كثير من العامه.

وكيف كان، ففى الأخبار الثلاثه المذكوره غنىً وكفايه، والوجه هو قبول شهاده الذمى من كلّ ملّه على أهل ملّته، سواء كان يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً.

وأما الكفار المنتحلون للإسلام، فإن صدق على كلّ طائفه منهم أنهم أهل ملّه فى مقابل ملّه الإسلام، شملتهم الأدلّه وإلا فلا.

وأما الكافر الحربى، فقد عرفت عدم قبول شهادته كغير أهل الكتاب من الكفار.

ثم إن جماعه من الأصحاب استدلّوا لما ذهب إليه الشيخ بقاعده

۱- ۱) عوالى اللئالى ۱: ۴۵۴/۱۹۲، مستدرك الوسائل ۱۷: ۴۳۷/۴، المغنى لابن قدامه ۱۲: ۵۵، المجموع ۲۰: ۲۲۶.

۲- ۲) كتاب الخلاف: ۶/۲۷۴.

۳- ۳) عوالى اللئالى ۱: ۲۲۴/۱۰۶، مسند أحمد: ۵/۸.

الإلزام (۱)وأضاف المقـداد فی (التنقیح) قاعده الإقرار (۲)والوجه فی التمسک بقاعـده الإلزام فی هذا المقام هو عدم اختصاص الأخبار الوارده فی هذه القاعده بالعامه، بل إنها تشمل غیر المسلمین أیضاً، فمن أخبار القاعده: قوله علیه السلام: « من کان یدین بدین قوم لزمته أحکامهم» (۳).

وعن عبد اللّه بن طاوس قال: « قلت لأبی الحسن الرضا علیه السـلام: إن لی ابن أخ زوّجته ابنتی، وهو یشـرب الشراب ویکثر ذکر الطلاـق، فقال: إن کان من إخوانک فلا شـیء علیه، وإن کان من هؤلاء فأبنها منه فإنه عنی الفراق، قال قلت: ألیس قـد روی عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام أنه قـال: إیّاکم والمطلقـات ثلاثـاً فی مجلس فـإنهن ذوات الأـزواج؟ فقـال: ذلک من إخوانکم لا من هؤلاء، إنه من دان بدین قوم لزمته أحکامهم» (۴).

وعن علی بن جعفر « أنه سـأل أخـاه موسـی بن جعفر علیه السـلام عن یهـودی أو نصـرانی طلّـق تطلیقه ثم أسـلم هـو وأمرأته، ما حالهما؟ قال: ینکحها نکاحاً جدیداً. قلت: فإن طلّقها بعد إسـلامه تطلیقه أو تطلیقتین، هل تعتدّ بما کان طلّقها قبل إسلامها؟ قال: لا تعتدّ بذلک» (۵).

۱- ۱) مختلف الشیعه ۸: ۵۰۶، کشف اللثام ۱۰: ۲۷۳.

۲- ۲) التنقیح الرائع ۴: ۲۸۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۲: ۷۴/۱۰. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ۳۰.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۲: ۷۵/۱۱. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ۳۰.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۲: ۱۶۹/۱. أبواب أقسام الطلاق، الباب ۳۱.

فالحاصل: عدم اختصاص المطلب بالعامّه.

وعلى هـذا، فـإن اختص الإلـزام بموارد الأخبـار فهو، وإن كان مفادها هو القبول مطلقاً تمّ الإستدلال بالقاعـده فى محلّ الكلام، لكن حديث معاذ بن جبل صالح للإستدلال بمفهومه على القبول فى أهل دينهم، إلّاأنه لا يخلو من كلام كما تقدم.

ثم إن معنى الإلزام، هو جعل هـذا الطلاق مثلًا صـحيحاً بالنسـبه إلى المسـلمين، فيجوز للمسـلم نكاح هذه المرأه من باب الإلزام، وهذا شـىء يسـتبعده الذهن، لأن المفروض كونها زوجه له، لأن لكلّ قوم نكاحاً، والطلاق يشترط فيه عند المسـلمين شروط هى مفقوده بحسب الفرض، فكيف يكون الطلاق الباطل مجوّزاً لنكاح المسلم تلك المرأه؟

فقيل: إن هذا نظير تصرّف ذى الخيار فى مورد الخيار، ففى الآن الذى يعقد عليها المؤمن تكون مطلّقه طلاقاً صحيحاً من زوجها فيصـح له نكاحهـا، وأمـا قبـل ذلك فهى باقيه على الزوجيه للمطلّق، نظير تصـرف ذى الخيار حيث يكون الشـى فى ذلك الوقت ملكاً له.

لكن هذا يخالف الروايه التى جاء فيها إنه: « ذكر عند الرضا عليه السـلام بعض العلويين ممن كان ينتقصه، فقال عليه السـلام: أما إنه مقيم على حرام، قلت: جعلت فـداك، وكيف وهى امرأته؟ قـال عليه السـلام: لأـنه قـد طلّقهـا، قلت: كيف طلّقها؟ قال: طلقها وذاك دينه فحرمت عليه» (۱).

أقول: والأـمر بالنسـبه إلى الكفار أسـهل، لأنهم إذا عملوا بشـرائط الـذمّه يعاملون فى أعمالهم معامله الصـحه، سواء كان طلاقاً أو غيره، فيكون نظير النجاسه فى ثوب المصلّى، حيث أن العلم بها موجب لبطلان الصلاه، وإلا فهى

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۲: ۷۲/۲. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ۳۰.

صحیحه وإن کانت علی ثوبه. وهنا، لما لم یکن المطلق عالماً باشتراط العدلین مثلاًیکون طلاقه صحیحاً ویترتب علیه الأثر.

هذا، وبناءاً علی عدم قبول شهادتهم علی أمثالهم، فهل تقبل لأمثالهم؟

قال العلّامه فی (المختلف) : لا (۱)، والشیخ یقول: نعم (۲).

وفی (المستند) : وظهر مما ذکرنا أنه لم تخرج من الأصل إلا صوره واحده وهی شهاده أهل کلّ ملّه علی أهل ملّته خاصه، وهل تقبل له؟ الظاهر: لا، للأصل. إلا إذا کانت علیه أیضاً فتسمع، لأن قبول الشهاده علیه بالدلیل، وعدم قبولها له بالأصل، والدلیل مقدّم علی الأصل» (۳).

قلت: الأظهر: إن « علی» فی أخبار الباب وکذا فی قوله تعالی «وَ کَذٰلِکَ جَعَلْنٰاکُمْ أُمَّهً وَسَطاً لِتَکُونُوا شُهَدٰاءَ عَلَی اَلنّٰاسِ» (۴)لیس بمعنی « الضرر» حتی لا تقبل فی غیره، مع أن فی کل مورد یوجد « علیه» یوجد « له» ، لأن المفروض کون الطرفین من أهل مله واحده، اللهم إلّاأن لا یکون طرف آخر، کما لو کان قد أوصی بصرف کذا من ماله علی المعبد مثلاً، لکنه قلیل.

نعم، لو شک فی القبول، فالأصل عدمه، کما لا یخفی.

۱- ۱) مختلف الشیعه ۸: ۵۰۵ ۵۰۶.

۲- ۲) النهایه: ۳۳۴.

۳- ۳) مستند الشیعه ۱۸: ۳۵.

۴- ۴) سوره البقره ۲: ۱۴۳.

الوصف الرابع: العداله

اشاره

قال المحقق: « الرابع: العداله، إذ لا طمأنينه مع التظاهر بالفسق» (۱).

أقول: التعليل بعدم الطمأنينه بشهاده الفاسق ربما يفيد قبول شهاده الفاسق مع إفاده الطمأنينه، وأيضاً: ربما يفيد قوله: مع التظاهر بالفسق قبول الشهاده من الفاسق غير المتظاهر بالفسق.

لكن الإلتزام بالأمرين مشكل.

فالصحيح: الإستدلال بالكتاب والسنه والإجماع فى كلمات غير واحد من الأصحاب، على اعتبار وصف العداله (۲)فى الشاهد، وعدم قبول شهاده الفاسق.

أما الكتاب، فقد استدلّ بآيات منه، كقوله تعالى: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» (۳)وقوله تعالى فى الوصيه «اِثْنٰانِ ذَوٰا عَدْلٍ مِنْكُمْ» (۴)فإن اعتبار العداله فى الشاهد على الوصيه يقتضى اعتبارها فى غيرها بالأولويه، وقوله تعالى: «مِمَّنْ

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶.

۲- ۲) ذكر السيد الاستاذ فى تعليقته على العروه وعلى الوسيله: إن العداله نفس الاجتناب عن الكبائر، الناشئ عن الحاله النفسانيه المعبر عنها بالملكه وإن حسن الظاهر كاشف عن وجودها. وقد استظهر دام ظله هذا الذى اختاره من صحيحه عبد اللّه بن أبى يعفور المذكوره فى المتن، حيث تكلّم بعض الشىء فى شرح العداله، وتعرض للأقوال المذكوره فيها، ولعلّنا ننشر ذلك فى رساله مستقله بإذن اللّه.

۳- ۳) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

۴- ۴) سوره المائده ۵: ۱۰۶.

تَرْضَوْنَ مِنَ اَلشُّهَدٰاءِ» (۱).

وأما السنّه، فبالأخبار الكثيره الوارده فی الأبواب المختلفه، کالوارد فی شهاده المملوک: «لا بأس بشهاده المملوک إذا کان عدلاً» (۲)وفی شهاده المکاری والجمّال والملاح: «ما بأس بهم، تقبل شهادتهم إذا کانوا صلحاء» (۳)وفی شهاده الضیف: «لا بأس بشهاده الضیف إذا کان عفیفاً صائناً» (۴)إلی غیر ذلک.

ومن أشهر الأخبار فی مسأله العداله وتعریفها واعتبارها فی الشهادات: صحیحه عبد اللّه بن أبی یعفور قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: بم تعرف عداله الرجل بین المسلمین حتی تقبل شهادته لهم وعلیهم؟

قال: أن تعرفوه بالستر والعفاف وکفّ البطن والفرج والید واللسان، ویعرف باجتناب الکبائر التی أوعد اللّه علیها النار، من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدین والفرار من الزحف وغیر ذلک.

والدلاله علی ذلک کلّه: أن یکون ساتراً لجمیع عیوبه حتی یحرم علی المسلمین ما وراء ذلک من عثراته وعیوبه وتفتیش ماوراء ذلک، ویجب علیهم تزکیته وإظهار عدالته فی الناس، ویکون منه التعاهد للصلوات الخمس إذا واظب علیهن، وحفظ مواقیتهن بحضور جماعه من المسلمین، وأن لا یتخلّف عن جماعتهم فی مصلّاهم إلا من علّه، فإذا کان کذلک لازماً لمصلّاه عند حضور الصلوات الخمس. فإذا سئل عنه فی قبیلته ومحلّته قالوا: ما رأینا منه إلا خیراً،

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۵/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۱/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۵/۱۰. کتاب الشهادات، الباب ۴۱.

مواظباً على الصلوات، متعاهداً لأوقاتها فی مصلّاه. فإن ذلک یجیز شهادته وعدالته بین المسلمین.

وذلک أن الصلاه ستر وکفّاره للذنوب، ولیس یمکن الشهاده على الرجل بأنه یصلی إذا کان لا یحضر مصلّاه، ویتعاهد جماعه المسلمین، وإنما جعل الجماعه والإجتماع إلى الصلاه لکی یعرف من یصلّی ممن لا یصلّی، ومن یحفظ مواقیت الصلاه ممن یضیّع، ولولا ذلک لم یمکن أحد أن یشهد على آخر بصلاح، لأن من لا یصلّی لا صلاح له بین المسلمین، فإن رسول اللّه صلّى اللّه علیه وآله وسلّم همّ بأن یحرق قوماً فی منازلهم لترکهم الحضور لجماعه المسلمین، وقد کان فیهم من یصلّی فی بیته فلم یقبل منه ذلک، وکیف یقبل شهاده أو عداله بین المسلمین ممن جرى الحکم من اللّه عزوجل ومن رسوله صلّى اللّه علیه وآله وسلّم فیه الحرق فی جوف بیته بالنار، وقد کان یقول: لا صلاه لمن لا یصلّی فی المسجد مع المسلمین إلا من علّه» (۱).

إنما الکلام فی ما یزیل العداله وما لا یزیلها:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا ریب فی زوالها بمواقعه الکبائر، کالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومه» (۲).

البحث فی ما یزیل العداله

أقول: هنا جهات من البحث:

ص:۸۷۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۱/۱. کتاب الشهادات، الباب ۴۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۶ ۱۲۷.

فالاولى: هل المعاصى منقسمه فى الشرع إلى كبائر وصغائر؟

لاـ مجال لإنكـار أن طـائفه من المعاصـى كبـائر، ويـدلّ على ذلك من الكتاب قوله تعالى: «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبائِرَ ما تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئاتِكُمْ» (۱). والآيه الكريمه: «ما لِهذَا الْكِتابِ لا يُغادِرُ صَغِيرَةً وَ لا كَبِيرَةً إِلاّ أَحْصاها» (۲). ومن السنه أخبار كثيره يأتى بعضها.

والثانيه: فى معنى الآيه الاولى من الآيتين المـذكورتين، فإن ظاهرها التكفير للصـغيره باجتناب الكبيره حتى مع عـدم التوبه، وهـذا يوجب الجرأه على المعصيه، إذ الإنسان يتعمّد غالباً المعصيه إن أمن العذاب، مع أن اللّه عز وجل لا يأذن بالمعصيه بالضروره.

كمـا أن مـا ورد عنهم عليهم السـلام من أنه « لاـ صـغيره مع الإصـرار ولاـ كبيره مع الإسـتغفار» (۳)ظاهر فى عـدم المؤاخذه على الصغيره التى لا يكون معها إصرار (۴).

قـال المحـدّث الكاشـانى بتفسـير الآيه: « وفى المجمع نسب إلى أصـحابنا أن المعاصـى كلّها كبيره، لكن بعضـها أكبر من بعض، وليس فى الذنوب صغيره، وإنما يكون صغيراً بالإضافه إلى ما هو أكبر واستحقاق العقاب عليه أكثر» (۵).

قيل: وتوفيقه مع الآيه أن يقال: من عنّ له أمران ودعت نفسه إليهما بحيث

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۳۱.

۲- ۲) سوره الكهف ۱۸: ۴۹.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۷/۳. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

۴- ۴) وإليه ذهب جمع من علمائنا كالبهائى والمجلسى وصاحب الجواهر قدست أسرارهم.

۵- ۵) مجمع البيان ۲: ۳۸.

لا يتمالك، فكفّها عن أكبرهما، كفّر عنه ما ارتكبه، لما استحق عليه من الثواب على اجتناب الأكبر، كما إذا تيسر له النظر بشهوه والتقبيل، فاكتفى بالنظر عن التقبيل. ولعلّ هذا مما يتفاوت أيضاً باعتبار الأشخاص والأحوال، فإن حسنات الأبرار سيّئات المقرّبين، ويؤاخذ المختار بما يعفى عن المضطرّين.

أقول: ظاهر الآيه والأخبار الوارده فى تفسيرها وتفسير الكبائر يعطى تمايز كلّ من الصغيره والكبيره عن صاحبتها، كما لا يخفى على من تأمّل فيها، وما نسبه فى المجمع إلى أصحابنا لا مستند له، وقول الموفق يعطى أن من قدر على قتال أحد فقطع أطرافه كان قطع أطرافه مكفّراً، وهو كما ترى، فلابدّ لكلامه وكلام الأصحاب من توجيه حتى يوافقا الظواهر» (۱).

وفى (الميزان) بعد أن نفى الريب فى دلاله الآيه على انقسام المعاصى إلى كبائر وصغائر، وأن الصغائر سميت فى الآيه بالسيئات، وأن الآيه فى مقام الإمتنان جعل مساق الآيه مساق الآيه الداعيه إلى التوبه التى بعد غفران الذنوب، قال: « هى تقرع أسماع المؤمنين بعنايه لطيفه إلَهيه أنهم إن اجتنبوا البعض من المعاصى كفّر عنهم البعض الآخر، فليس إغراء على ارتكاب المعاصى الصغار، فإن ذلك لا معنى له، لأن الآيه تدعو إلى ترك الكبائر بلا شك، وارتكاب الصغيره من جهه أنها صغيره لا يعبأ بها ويتهاون فى أمرها، يعود مصداقاً من مصاديق الطغيان والاستهانه بأمر اللّه سبحانه، وهذا من أكبر الكبائر، بل الآيه تعد تكفير السيئات من جهه أنها سيئات لا يخلو الإنسان المخلوق على الضعف المبنى على الجهاله من

ص:۸۷۲

۱- ۱) الصافى فى تفسير القرآن ۱: ۴۱۲.

ارتكابها بغلبه الجهل والهوى عليه» (۱).

قلت: إن الألطاف الإلَهيه بالنسبه إلى المؤمنين فى باب العفو والمغفره تتجلّى فى التوبه، وفى الشفاعه، وفى إذهاب الحسنات للسيئات، وفى غفران اللّه سبحانه الذنوب لمن يشاء إلا الشرک به عز وجل. . . لكن جعل مساق الآيه الكريمه: «إِنْ تَجْتَنِبُوا. . .» مساق ما يدلّ على التوبه، خلاف الظاهر، للفرق بين التوبه ومدلول الآيه، لأن سدّ باب التوبه يوجب اليأس والقنوط من رحمه اللّه، والإنسان إذا يئس توغّل فى المعاصى وأفرط فى المخالفه، بخلاف فتح هذا الباب، فإنه لا يسبب ذلك، أما مدلول الآيه الشريفه فظاهره الوعد بتكفير الصغائر وعدم المؤاخذه عليها دائماً، بشرط اجتناب الكبائر.

فالجواب المذكور غير مقنع، وتفصيل الكلام فى بيان معنى الآيه الكريمه، بحيث يساعده ظاهرها وينطبق على سائر الأدلّه، له مجال آخر.

والثالثه: لو اشتبهت عليه المعصيه، فلم يعلم هل هى كبيره أو صغيره، فإن مقتضى حكم العقل الإجتناب عنها، لأن العقل يحكم بلزوم معامله كلّ معصيه معامله الكبيره المؤاخذ عليها حتى لا يقع فى المعصيه الكبيره فى الواقع، وذلک، لأن البيان الشرعى على وجوب اجتناب الكبائر واصل، والعقل يرشد إلى الإطاعه والإمتثال، فإذا خالف استحق العقاب، لعدم كونه من العقاب بلا بيان.

وهل يسقط عن العداله بارتكاب المشكوک فى كونها معصيه كبيره؟

ظاهر الآيه: «إِنْ تَجْتَنِبُوا. . .» وجوب ترک ذات المعصيه الكبيره لا، الترک بعنوان الكبيره، ولكن إذا كانت العداله هى الملكه، فإن الملكه تمنع من ارتكاب

۱- ۱) الميزان فى تفسير القرآن ۴: ۳۲۵.

الکبیره المعلوم کونها کبیره، وعلی هذا، فارتکاب المعصیه المحتمل کونها کبیره لا یضرّ بالعداله.

الرابعه: إن تشخیص الکبیره من غیرها لا یکون إلا بالأدلّه من الکتاب والسنّه المعتبره، إذ لا سبیل لعقولنا إلی ذلک، لجهلنا بملاکات الأحکام الشرعیه ودرجات القبح فی المحرمات.

وقد اختلف علماؤنا فی معنی « الکبیره» علی أقوال، وذکر الشیخ الأنصاری خمسه أمور یثبت بها کون المعصیه کبیره (۱)، لکن قال السبزواری فی (الکفایه) : « والأشهر الأقوی أن الکبیره کلّ ذنب توعّد علیه بالوعید فی الکتاب المجید، وفی حصره خلاف» (۲).

قلت: قد عقد فی الوسائل باباً لتعیین الکبائر التی یجب اجتنابها، ووردت الضابطه المذکوره فی بعض تلک الأخبار، واشتمل بعضها علی الإستشهاد بآیات الکتاب، ولنذکر واحداً منها تیمّناً:

عن عبد العظیم الحسنی، عن أبی جعفر الثانی، عن أبیه، عن جدّه علیهم السلام قال: « دخل عمرو بن عبید علی أبی عبد اللّه علیه السلام، فلمّا سلّم وجلس تلا هذه الآیه: «اَلَّذِینَ یَجْتَنِبُونَ کَبٰائِرَ اَلْإِثْمِ وَ اَلْفَوٰاحِشَ» (۳)ثم أمسک، فقال له أبو عبد اللّه علیه السلام: ما أسکتک؟ قال: أحبّ أن أعرف الکبائر من کتاب اللّه عز وجل، فقال: نعم، یا عمرو.

أکبر الکبائر الإشراک باللّه، یقول اللّه: «مَنْ یُشْرِکْ بِاللّٰهِ فَقَدْ حَرَّمَ اَللّٰهُ عَلَیْهِ

ص:۸۷۴

۱- ۱) کتاب المکاسب ۳: ۱۸۶ ۱۸۸. نشر اسماعیلیان.

۲- ۲) کفایه الفقه ۲: ۷۴۵.

۳- ۳) سوره النجم ۵۳: ۳۲.

اَلْجَنَّهَ» .

وبعده اليأس من روح اللّه، لأن اللّه عزوجل يقول: «لاَ يَيْأَسُ مِنْ رَوْحِ اَللّهِ إِلاَّ اَلْقَوْمُ اَلْكافِرُونَ» (۱).

ثم الأمن من مكر اللّه، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «فَلاَ يَأْمَنُ مَكْرَ اَللّهِ إِلاَّ اَلْقَوْمُ اَلْخاسِرُونَ» (۲).

ومنها عقوق الوالدين، لأن اللّه سبحانه جعل العاقّ جبّاراً شقيّاً.

وقتل النفس التى حرّم اللّه إلّابالحق، لأن اللّه عز وجل يقول: «فَجَزاؤُهُ جَهَنَّمُ خالِداً فِيها» (۳)إلى آخر الآيه.

وقذف المحصنه، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «لُعِنُوا فِى اَلدُّنْيا وَ اَلْآخِرَهِ وَ لَهُمْ عَذابٌ عَظِيمٌ» (۴).

وأكل مال اليتيم، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «إِنَّما يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ ناراً وَ سَيَصْلَوْنَ سَعِيراً» (۵).

والفرار من الزحف، لأن اللّه عز وجل يقول: «وَ مَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلاّ مُتَحَرِّفاً لِقِتالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلى فِئَهٍ فَقَدْ باءَ بِغَضَبٍ مِنَ اَللّهِ وَ مَأْواهُ جَهَنَّمُ وَ بِئْسَ اَلْمَصِيرُ» (۶).

ص:۸۷۵

۱- ۱) سوره يوسف ۱۲: ۸۷.

۲- ۲) سوره الأعراف ۷: ۹۹.

۳- ۳) سوره النساء ۴: ۹۳.

۴- ۴) سوره النور ۲۴: ۲۳.

۵- ۵) سوره النساء ۴: ۱۰.

۶- ۶) سوره الأنفال ۸: ۱۶.

وأكل الربا، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «اَلَّذِينَ يَأْكُلُونَ اَلرِّبٰا لاٰ يَقُومُونَ إِلاّٰ كَمٰا يَقُومُ اَلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ اَلشَّيْطٰانُ مِنَ اَلْمَسِّ» (۱).

والسحر، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «وَ لَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اِشْتَرٰاهُ مٰا لَهُ فِى اَلْآخِرَهِ مِنْ خَلاٰقٍ» (۲).

والزنا، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «وَ مَنْ يَفْعَلْ ذٰلِكَ يَلْقَ أَثٰاماً * يُضٰاعَفْ لَهُ اَلْعَذٰابُ يَوْمَ اَلْقِيٰامَهِ وَ يَخْلُدْ فِيهِ مُهٰاناً» (۳).

واليمين الغموس الفاجره، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «اَلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اَللّٰهِ وَ أَيْمٰانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولٰئِكَ لاٰ خَلاٰقَ لَهُمْ فِى اَلْآخِرَهِ» (۴).

والغلول، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «وَ مَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمٰا غَلَّ يَوْمَ اَلْقِيٰامَهِ» (۵).

ومنع الزكاه المفروضه، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «فَتُكْوىٰ بِهٰا جِبٰاهُهُمْ وَ جُنُوبُهُمْ وَ ظُهُورُهُمْ» (۶).

وشهاده الزور وكتمان الشهاده، لأن اللّه عزّوجلّ يقول: «وَ مَنْ يَكْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (۷).

وشرب الخمر، لأن اللّه عزّوجلّ نهى عنها كما نهى عن عباده الأوثان.

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۷۵.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۱۰۲.

۳- ۳) سوره الفرقان ۲۵: ۶۹ ۶۸.

۴- ۴) سوره آل عمران ۳: ۷۷.

۵- ۵) سوره آل عمران ۳: ۱۶۱.

۶- ۶) سوره التوبه ۹: ۳۵.

۷- ۷) سوره البقره ۲: ۲۸۳.

وترک الصّلاه متعمداً أو شیئاً مما فرض اللّه عزوجل، لأن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم قال: من ترک الصلاه متعمداً فقد برئ من ذمه اللّه وذمه رسوله.

ونقض العهد وقطیعه الرحم، لأن اللّه عزوجل یقول: «لَهُمُ اَللَّعْنَهُ وَ لَهُمْ سُوءُ اَلدّارِ» (۱).

قال: فخرج عمرو وله صراخ من بکائه وهو یقول: هلک من قال برأیه ونازعکم فی الفضل والعلم» (۲).

فالکبیره کلّ ذنب توعّد علیه فی الکتاب، أو عدّ من الکبائر فی السنّه.

الإصرار علی الصغائر کبیره

قال المحقق قدّس سرّه: « وکذا بمواقعه الصغائر مع الإصرار أو فی الأغلب» (۳).

أقول: ظاهر الآیه الشریفه: «إِنْ تَجْتَنِبُوا کَبٰائِرَ مٰا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُکَفِّرْ عَنْکُمْ سَیِّئٰاتِکُمْ» (۴)عدم زوال العداله بمواقعه الصغائر مطلقاً، لکن یدلّ علی ذلک عدّه من الأخبار:

۱ - فی کتاب التوحید عن محمد بن أبی عمیر قال: « سمعت موسی بن جعفر علیه السلام یقول: من اجتنب الکبائر من المؤمنین لم یسئل عن الصغائر قال اللّه تعالی «إِنْ تَجْتَنِبُوا کَبٰائِرَ مٰا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُکَفِّرْ عَنْکُمْ سَیِّئٰاتِکُمْ وَ نُدْخِلْکُمْ مُدْخَلاً

۱- ۱) سوره الرعد ۱۳: ۲۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۱۸/۲. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۶.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

۴- ۴) سوره النساء ۴: ۳۱.

كَرِيماً» . قال قلت: فالشفاعه لمن تجب؟ فقال: حدثنى أبى عن آبائه عن على عليهم السلام قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: إنما شفاعتى لأهل الكبائر من أمتى، فأما المحسنون فما عليهم من سبيل.

قال ابن أبى عمير فقلت له: يا ابن رسول اللّه، فكيف تكون الشفاعه لأهل الكبائر، واللّه تعالى يقول «وَ لاٰ يَشْفَعُونَ إِلاّٰ لِمَنِ ارْتَضىٰ» (۱)ومن يرتكب الكبائر لا يكون مرتضى؟

فقال: يا أبا أحمد، ما من مؤمن يذنب ذنباً إلّاساءه ذلك وندم عليه، وقد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: كفى بالندم توبه، وقال: من سرّته حسنته وساءته سيئته فهو مؤمن، فمن لم يندم على ذنب يرتكبه فليس بمؤمن ولم تجب له الشفاعه - إلى أن قال - قال النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: لا كبير مع الإستغفار ولا صغير مع الإصرار، الحديث» (۲).

۲ - أبو بصير: قال سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: « لا واللّه، لا يقبل اللّه شيئاً من طاعته على الإصرار على شىء من معاصيه» (۳).

۳ - السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام « قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: من علامات الشقاء: جمود العين، وقسوه القلب، وشدّه الحرص فى طلب الدنيا، والإصرار على الذنب» (۴).

۴ - جابر عن أبى جعفر عليه السلام « فى قول اللّه عزوجل «وَ لَمْ يُصِرُّوا

۱- ۱) سوره الأنبياء ۲۱: ۲۸.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۵/۱۱. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۷.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۷/۱. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۷/۲. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

عَلىٰ مٰا فَعَلُوا وَ هُمْ يَعْلَمُونَ» (۱)قال: الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر اللّه، ولا يحدّث نفسه بالتوبه، فذلک الإصرار» (۲).

۵ - عبد اللّه بن إبراهيم الجعفری، عن جعفر بن محمد عن أبيه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: من أذنب ذنباً وهو ضاحک دخل النار وهو باکی» (۳).

هذا، واختلفت تعبيرات القوم فی معنى « الإصرار» .

فقيل: إنه الإکثار من فعل الصغيره، سواء کانت من نوع واحد أو أنواع مختلفه.

وقيل: إنه المداومه على فعل واحد من الصغائر.

وقيل: يحصل بکلّ منهما (۴)(۵).

ص:۸۷۹

۱- ۱) سوره آل عمران ۳: ۱۳۵.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۸/۴. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۳۸/۵. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۸.

۴- ۴) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۶۸، جواهر الکلام ۴۱: ۲۷.

۵- ۵) ذکر فی المحجه البيضاء، وجامع السعادات، ما ملخصه: إن الصغيره قد تکبر بأسباب: ۱ - الإصرار والمواظبه، ولذلک قال الصادق عليه السلام: لا صغيره مع الإصرار ولا کبيره مع الإستغفار. ۲ - إستصغار الذنب وعدم استعظامه، قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وآله وسلم: « إتقوا المحقرات من الذنوب فإنها لا تغفر. .» وقال أمير المؤمنين عليه السلام: « أشد الذنوب ما استخف به صاحبه» . ۳ - أن يأتی الصغائر ولا يبالی بفعلها، إغتراراً بحلم اللّه وستره. ۴ - السرور بالصغيره، قال أمير المؤمنين عليه السلام: « سيئه تسؤک خير من حسنه تعجبک» . ۵ - أن يذنب ويظهر ذنبه، بأن يذکره بعد إتيانه، أو يأتی به فی مشهد غيره. ۶ - أن يکون الآتی بالصغيره عالماً يقتدى به الناس.

وقد ضعّف فی (الجواهر) القول بأنه عدم التوبه، لكون ما یدلّ علیه وهو خبر جابر المذكور ف ضعیف السند، علی أن الصغیره تقع مكفّره لا تحتاج إلی توبه، قال: بل لعلّه مخالف لكلام أهل اللغه (١).

ولو ارتكب الصغیره عازماً علی فعلها مره اخری أو عزم علی إیقاع الصغائر ولم یفعل بعد، فهل تزول عدالته؟ قال فی (الجواهر) : الظاهر عدم إحراز وصف العداله معه (٢).

أی لاحتمال صدق « الإصرار» ، وحینئذ لا تقبل شهادته، لاعتبار وجود وصف العداله فی الشاهد، وهذا یكون بناء علی عدم وجوب التوبه، وأما علی وجوبها، فإن العازم علی المعاوده علی المعصیه تارك للواجب، وترك الواجب معصیه كبیره، بل إن الإكثار من الارتكاب والتوبه لا یبعد أن یكون إصراراً علی المعصیه.

وأما بناءاً علی عدم وجوب التوبه، فإن العزم علی المعصیه لیس معصیه، والمفروض عدم المواقعه ثانیه بعد، فلا وجه للتوقف فی قبول شهادته، اللهم إلا أن یكون ترك التوبه « إصراراً» كما یفیده خبر جابر عن الباقر علیه السلام، لكن قد عرفت تضعیفه إیاه (٣).

هذا كلّه فی الصغیره علی الحال الذی عرفت.

قال المحقق: « أما لو كان فی الندره، فقد قیل: لا یقدح، لعدم الانفكاك منها إلا فی ما یقلّ، فاشتراطه التزام للأشق، وقیل: یقدح، لامكان التدارك

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ٢٧.
٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٨.
٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٧.

بالاستغفار، والأول أشبه» .

أقول: نسب القول الأوّل إلى المشهور واختاره المحقق، وجعله صاحب (الجواهر) أشبه بأُصول المذهب وقواعده (۱)، والقول الثانى إلى ابن ادريس.

وقد استدلّ المحقق للأوّل: بأن الإنسان لا ينفكّ من مواقعه الصغيره، فاشتراطه التزام للأشق، إذ تتوقف شئون الناس وامورهم المعتبر فيها العداله، فيقعون فى الحرج، وهو منفى فى الشرع لقوله تعالى: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى اَلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (۲)أو يقع الشخص غير المنفك نفسه فى حرج، ولكن النهى عن المواقعه يكشف عن عدم كون الترك حرجيّاً.

قلت: أىّ مشقه فى ترك الصغائر؟ فإن كلّ مؤمن متشرّع ملتفت إلى الأحكام يمكنه الترك بلا عسر ولا حرج، فما ذكره غير واضح عندنا.

نعم، الدليل ما ذكره فى (الجواهر) من أن الصغيره بلا إصرار مكفّره باجتناب الكبائر (۳)، فلا حاجه حينئذ إلى التوبه، وبه يتضح الجواب عن دليل القول الثانى.

قال المحقق: « وربما توهّم واهم أن الصغائر لا تطلق على الذنب إلا مع الإحباط، وهذا بالإعراض عنه حقيق، فإن إطلاقها بالنسبه، ولكلّ فريق اصطلاح» (۴).

أقول: قد أشرنا إلى انقسام المعاصى إلى كبائر وصغائر، كما دلّت عليه

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۹.
۲- ۲) سوره الحج ۲۲: ۷۸.
۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۲۸.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

الآيات والأخبار، وأن الأشهر هو القول بأن الكبيره ما أوعد اللّه عليه النار وتقابلها الصغيره. وذهب جماعه إلى أن الذنوب كلّها كبيره إلا أن بعضها أكبر من بعض، وليس فى الذنوب صغيره، وإنما يكون صغيراً بالإضافه إلى ما هو أكبر.

وأشار هنا إلى أن من الأصحاب من قال بأن الصغائر لا يطلق على الذنوب إلّا على مذهب القائلين بالإحباط، قال: وهذا وهم، لأن الكبائر قد اعتبرها من قال بالإحباط، وكذا من أبطله وهم الاماميه، كما عرفت (١).

قال فى (المسالك) : على أن القائل بالإحباط يعتبر الأكثر من الطاعه والمعصيه، فيثبته أجمع، أو يثبت منه ما زاد عن مقابله من أى نوع كان من أنواع المعاصى، فربما كانت المعصيه المخصوصه على هذا مما يحبط عن شخص ويبقى على آخر بالنظر إلى ما يقابلها من الطاعه، فلا يتحقق الصغيره فى نوع من أنواع

---

١ - ١) قال الشيخ المفيد (أوائل المقالات: ٩٦) : « لا تحابط بين المعاصى والطاعات، ولا الثواب والعقاب» وفى التجريد: الإحباط باطل لاستلزامه الظلم، ولقوله تعالى: «فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراًيَرَهُ» قال العلامه فى شرحه (شرح تجريد الاعتقاد: ٣٢٧) : « اختلف الناس هنا، فقال جماعه من المعتزله بالاحباط والتكفير، ومعناهما أن المكلف يسقط ثوابه المتقدم بالمعصيه المتأخره، أو يكفر ذنوبه المتقدمه بالطاعه المتأخره. ونفاهما المحققون. ثم القائلون بهما اختلفوا، فقال أبو على: إن المتأخر يسقط المتقدم ويبقى على حاله، وقال أبو هاشم: إنه ينتفى من الأقل بالأكثر، وينتفى الأكثر بالأقل ما ساواه ويبقى الزائد مستحقاً، وهذا هو الموازنه. ويدلّ على بطلان الإحباط: إنه يستلزم الظلم، لأن من أساء وأطاع، وكانت إساءته أكثر يكون بمنزله من لم يحسن، وإن كان إحسانه أكثر يكون بمنزله من لم يسى، وإن تساويا يكون مساوياً لمن يصدر عنه أحدهما، وليس كذلك عند العقلاء، ولقوله تعالى «فَمَن يَعْمَلْ. . .» والإيفاء بوعده ووعيده واجب» . ثم ذكر دليل بطلان الموازنه. وفى مجمع البحرين (مجمع البحرين ١: ٣٥٤) : « لو قيل ببطلان الإحباط والموازنه، والقول بالتكفير من باب العفو والتفضل، لم يكن بعيداً، وظواهر الأدله تؤيده» .

المعاصی. ومن ثم أطلق علی هذا الفهم الوهم، وجعله حقیقاً بالإعراض عنه (۱).

ثم علی تقدیر إطلاق القائلین بالإحباط لفظه « الصغیره» علی ما یمحی بالذنوب، فهو اصطلاح لهم، وإطلاقها عند الفقهاء علی ما ذکرنا بحسب ما یدلّ علیه الکتاب والسنّه اصطلاح آخر، ولکلّ فریق اصطلاح.

هل یقدح ترک المندوبات؟

قال: « ولا یقدح فی العداله ترک المندوبات ولو أصرّ مضرباً عن الجمیع، ما لم یبلغ حدّاً یؤذن بالتهاون بالسنن» (۲).

أقول: ظاهر العباره کفایه إتیان بعض المندوبات، لکن فی (المسالک) : « لو اعتاد ترک صنف منها کالجماعه والنوافل ونحو ذلک فترک الجمیع، لاشتراکهما فی العلّه المقتضیه لذلک، نعم، لو ترکها أحیاناً لم یضر» (۳).

أقول: لکن الإنصاف وفاقاً للجواهر عدم خلوه من البحث إن لم یکن إجماعاً، ضروره عدم المعصیه فی ترک جمیع المندوبات، أو فعل جمیع المکروهات، من حیث الإذن فیهما فضلاً عن ترک صنف منها، ولو للتکاسل والتثاقل منه.

واحتمال کون المراد بالتهاون الاستخفاف فیه، یدفعه: أن ذلک من الکفر والعصیان، ولا یعبّر عنه ببلوغ الترک حدّ التهاون، کما هو واضح (۴).

۱- ۱) مسالک الأفهام ۴: ۱۷۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۲.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۳۰.

هل تعتبر المروه؟

بقی شیء: وهو أن المحقق قدّس سرّه لم یتعرّض للمروّه، فهل هی جزء من العداله أو شرط فی قبول الشهاده، أو لا؟

قال فی (الجواهر) : کأن المحقق لم یجعل ترک المروّه قادحاً فی العداله أو یتوقف فی ذلک، وهو قول محکی عن بعض العلماء، من حیث أن منافیها مناف للعاده لا الشرع.

والمحکی عن الأشهر: اعتبارها فی الشهاده، فالمشهور علی أنها شطر من العداله، وقیل: هی خارجه عنها لکنها شرط فی قبول الشهاده کالعداله، وقد أغرب العلامه فی القواعد حیث جمع بین الأمرین، فجعلها جزء من العداله (۱)ثم جعلها شرطاً آخر کالعداله (۲)لقبول الشهاده (۳).

هذا بالنسبه إلی الأقوال (۴).

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۴.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۵.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۳۰ ۳۱.

۴- ۴) کما فی الجواهر. وفی رساله الشیخ الأعظم (رسائل فقهیّه: ۱۷) : المشهور بین من تأخر عن العلامه اعتبار المروه فی مفهوم العداله، وهو الذی یلوح من عباره المبسوط أما کلام غیر الشیخ ممن تقدم علی العلامه فلا دلاله فیه بل ولا إشعار علی ذلک. وممن لم یعتبر المروّه فی العداله: المحقق فی الشرائع والنافع، وتبعه العلامه فی الإرشاد وولده فی موضع من الإیضاح، وهو ظاهر الشهید فی النکت. قال الشیخ: والحاصل: إنه لو ادعی المتتبع أن المشهور بین من تقدم علی العلامه عدم اعتبار المروه فی العداله، خصوصاً فی غیر الشاهد، لم یستبعد ذلک منه، لما عرفت من کلمات من عدا الشیخ، وأما الشیخ فالعداله المذکوره فی کلامه لا تنطبق علی ما ذکره المتأخرون. قال: وینبغی الجزم بعدم اعتبارها فی العداله المعتبره فی الإمام.

وأما معنى المروّه، ففى اللغه: الإنسانيه أو الرجوليه (١)، والمراد بلوغ حدّ الكمال فيهما، وفى الإصطلاح كما فى (كشف اللثام) هيئه نفسانيه يحمل الإنسان على الوقوف عند محاسن الأخلاق وجميل العادات (٢).

وفى (المسالك) : فى ضبط المروّه عبارات متقاربه. . . فذكر جمله من تلك العبارات. . . ومختاره: عدم قبول شهاده من لا مروّه له (٣)، وسنذكر دليله والنظر فيه.

وفى (الجواهر) : لا إشكال فى ردّ الشهاده بمنافيها إذا رجع إلى محرّم أو خبل، لمنافاه الأول للتقوى، والثانى لكمال العقل. وأما مالا يرجع إلى ذلک، فقد يشكل اعتباره فى الشهاده أو العداله بإطلاق الأدله.

ثم إنه قد استدلّ للإعتبار بوجوه:

الأوّل: فتوى المعظم:

لكن فتوى المشهور ليس بمستند إلّاإذا حصل الإطمينان بها بالدليل الشرعى، من جهه أن معظم الأصحاب لا يفتون بشى إلا بدليل معتمد.

الثانى: فحوى ما ورد فى ردّ شهاده السائل بكفه (۴).

قلت: من ذلک:

ما رواه على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن موسى عليهما السلام « قال: سألته عن السائل الذى يسأل بكفه، هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبى لا يقبل

١- ١) تاج العروس ١: ١١٧، لسان العرب ١: ١٥۴، الصحاح ١: ٧٢، كتاب العين ٨: ٢٩٩.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٣٠٠.

٣- ٣) مسالک الأفهام ١۴: ١۶٩.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴١: ٣٢. وسيأتى الكلام فى ذلک بالتفصيل.

شهادته إذا سأل فی کفه» (۱).

وما رواه الشیخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن خالد، عن محمد بن مسلم، عن أبی جعفر علیه السلام: قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « شهاده السائل الذی یسأل فی کفه لا تقبل. . .» (۲).

وما رواه علی بن جعفر عن أخیه علیه السلام قال: « سألته عن السائل بکفّه، أتجوز شهادته؟ فقال: کان أبی یقول: لا تقبل شهاده السائل بکفه» (۳).

وما رواه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: « رد رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم شهاده السائل الذی یسأل فی کفه، قال أبو جعفر علیه السلام لأنه لا یؤمن علی الشهاده، وذلک لأنه إن أُعطی رضی وإن منع سخط» (۴).

فالسؤال بالکف ینافی المروّه، وقد استثنی بعضهم سؤال مستحق الخمس أو الزکاه ممن یجب علیه ذلک، لأن السخط علی من لا یحسن لأجل عدم الإحسان معصیه، ولا أقلّ من أن یسلب السؤال بالکف الإطمینان والوثوق بکلامه وشهادته، لأن من لا یحفظ کرامته أمام الناس لشی یعطی أو یمنع، فإنه لا یحفظ أعراض الآخرین وکرامتهم بالأولویّه. هذا وجه الإستدلال.

وفیه: إن الحکمه التی ذکرها الإمام علیه السلام فی صحیحه محمد بن مسلم تفید أن السائل بکفه لا ینفک غالباً عن المعصیه، سواء رضی أو سخط، کما نشاهد فی مجتمعنا بالعیان، فالسؤال بالکف ینافی العداله، وحینئذ، لا مجال

ص:۸۸۶

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۲/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۲/۲، ذیل الحدیث. کتاب الشهادات، الباب ۳۵.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۳/۳. کتاب الشهادات، الباب ۳۵.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۲/۲. کتاب الشهادات، الباب ۳۵.

للأولويه، حتى يكون فحوى هذه الأخبار دليلاً على اعتبار المروّه والقول بسقوط شهاده من يجتنب الكبائر ويأتى بالواجبات لكنه يقوم ببعض المنافيات للمروه أحياناً.

ومما ذكرنا ينقدح عدم الوجه لاندراجه فى الظنين، وهو الوجه:

الثالث: وهو ما ذكره بقوله: ولعلّ منه ينقدح اندراجه فى الظنين الذى استفاضت النصوص فى ردّ شهادته (۱):

منها: خبر ابن سنان: « قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: ما يرد من الشهود؟ قال فقال: الظنين والمتّهم. قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين» (۲).

ومنها: خبر سليمان بن خالد قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام، وذكر مثله إلا انّه قال: الظنين والخصم» (۳).

ومنها: خبر أبى بصير قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام، وذكر مثله إلا أنه قال: الظنين والمتّهم والخصم» (۴).

ومنهـا: خبر الحلبى قـال: « سـئل أبو عبـد اللّه عليه السـلام عما يردّ من الشـهود فقال: الظنين والمتهم والخصم. قال قلت: فالفاسـق والخائن؟ فقال: هذا يدخل فى الظنين» (۵).

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۳۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۳/۱. كتاب الشهادات، الباب ۳۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۳/۲. كتاب الشهادات، الباب ۳۰.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۳/۳. كتاب الشهادات، الباب ۳۰.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۴/۵. كتاب الشهادات، الباب ۳۰.

ومنها: خبر محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام « قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: لم تجز شهاده الصبی ولا خصم ولا متهم ولا ظنین» (1).

لظهور تلک الأخبار فی عدم انفکاک السائل بکفه عن المعصیه المسقطه للعداله والموجبه لردّ الشهاده، فلا یندرج تحت عنوان « الظنین» .

الرابع: قول الکاظم علیه السلام: « لا دین لمن لا مروّه له، ولا مروّه لمن لا عقل له» (2).

وفیه: ما ذکره صاحب (الجواهر) ، ضروره إراده الکمال الزائد علی وصف العداله منه (3)، فیکون نظیر « لا صلاه لجار المسجد إلّافی المسجد» (4).

الخامس: ما قیل من أنه یشعر به ما فی بعض النصوص: « من عامل الناس فلم یظلمهم، وحدّثهم فلم یکذبهم، ووعدهم فلم یخلفهم، فهو ممن کملت مروته، وظهرت عدالته، ووجبت اخوته، وحرمت غیبته» (5).

وفیه: إن الظلم والکذب محرّمان یخلّان بأصل العداله، وکذا خلف الوعد بناءاً علی کونه من الکذب، إذن، لیس المراد من المروّه فی الخبر ما ذکروه فی معناها لغه واصطلاحاً.

السادس: إن فاقد المروّه غیر مرضی الشهاده عرفاً، فلا یدخل فی قوله

1- 1) وسائل الشیعه 27: 374/6. کتاب الشهادات، الباب 30.

2- 2) الکافی 1: 15/12.

3- 3) جواهر الکلام 41: 33.

4- 4) وسائل الشیعه 5: 194/1. أبواب أحکام المساجد، الباب 2.

5- 5) وسائل الشیعه 27: 396/15. کتاب الشهادات، الباب 41.

تعالی: «مِمَّنْ تَرْضَوْنَ» (۱).

قلت: عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی هذه الآیه المبارکه قال: « ممن ترضون دینه وأمانته وصلاحه وعفته وتیقظه فیما یشهد به وتحصیله وتمییزه، فما کلّ صالح ممیزاً ولا محصّلاً، ولا کلّ محصل ممیز صالح» (۲).

والظاهر: إنه أجنبی عن محلّ الکلام، لأنه ساکت عن الامور المتعارفه بین الناس وسلوکه فی المجتمع بحسب العادات والأخلاق العرفیه المتبعه. . .

السابع: أصاله عدم ترتب أحکام العداله علی فاقد المروّه بعد عدم الوثوق بإطلاق یتناوله. . .

أقول: لا ـ مجال لهذا الأصل بعد سکوت صحیحه ابن أبی عمیر عن اعتبار المروّه، إذ لو کانت شطراً من العداله لذکرت فی الصحیحه، مع کون الإمام علیه السلام فی مقام بیان العداله وخصوصیاتها، لا سیما بناءاً علی القول بالحقیقه الشرعیه للفظ « العداله» ، وحینئذ یکون الأصل فی اعتبار شیء زائداً علی ما فی الصحیحه هو العدم.

ولیس هذا الشک فی الاعتبار مسبباً عن الشک فی مفهوم العداله، ولو سلّم، فإن هذه السببیه شرعیّه والمرجع فیها هو الشرع، فلما کان الوضوء سبباً شرعیاً لحصول الطهاره، کان علی الشارع بیان الوضوء، فإن شک فی جزئیه شیء فیه ولم یذکره، کان الأصل عدم الجزئیه.

فظهر بما ذکرنا: الإشکال فی جمیع الوجوه التی ذکرها صاحب (الجواهر)

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۹۹/۲۳. کتاب الشهادات، الباب ۴۱.

لاعتبار المروّه.

وأما ما ذكره صاحب (المسالك) فی وجه عـدم قبول شـهاده من لا مروّه له من « أن طرح المروّه إما أن يكون بخبل ونقصان أو قله مبالاه وحياء، وعلى التقديرين يبطل الثقه والاعتماد على قوله. أما الأوّل فظاهر، وأما قليل الحياء، فمن لا حياء له يصـنع ما شاء كما ورد فی الخبر» (۱).

ففيه: إن المراد من الحيـاء فی هـذا الخبر ونحوه هو الحياء من اللّه عزّوجلّ، لا الحياء فی الامور العرفيّه والعاديّه، ومن الواضـح أن من لا يسـتحی من اللّه سـبحانه ففيه اقتضاء أن يفعل ما شاء، وعـدم الحياء بهذا المعنى الظاهر من الخبر ينافی العداله، بل هو كفر باللّه عزّوجلّ، وهذا معنى الخبر: « لا إيمان لمن لا حياء له» (۲).

ص:۸۹۰

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۱۶۹.

۲- ۲) الكافی ۶: ۳/۴۶۰.

مسائل

المسأله الاولی: (فی عدم قبول شهاده المخالف فی اُصول العقائد)

قال المحقق قدّس سرّه: « کلّ مخالف فی شیء من اُصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند فی ذلک إلی التقلید أو إلی الإجتهاد» (۱).

أقول: قال فی (المسالک) : « المراد بالاصول التی تردّ شهاده المخالف فیها: اُصول مسائل التوحید والعدل والنبوه والإمامه والمعاد، وأما فروعها من المعانی والأحوال وغیرهما من فروع علم الکلام، فلا یقدح الإختلاف فیها، لأنها مباحث ظنیه، والإختلاف فیها بین علماء الفرقه الواحده کثیر شهیر، وقد عدّ بعض العلماء جمله مما وقع الخلاف فیه منها بین المرتضی وشیخه المفید، فبلغ نحواً من مائه مسأله فضلاً عن غیرهما» (۲).

وفی (الجواهر) شرح العباره بحیث تعمّ الفروع الإعتقادیه أیضاً، لکن مقیدهً بکونها مما علم ضروره من الدین أو المذهب، قال: « لاشتراک الجمیع فی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۲.

عدم المعذوريه الموجبه للكفر فضلًا عن الفسق» (۱)فیکون المراد من الفرع: الفروع المسلّمه الضروريه، ولا ریب فی أن من خالف فی شیء من هذه الفروع تردّ شهادته، بل یخرج بمخالفته عن الدين أو المذهب، كالقائل بالتجسيم والقائل بالجبر ونحوهما.

وفی (العروه) : « لا إشكال في نجاسه الغلاه والخوارج والنواصب، وأما المجسّمه والمجبّره والقائلين بوحده الوجود من الصوفيّه إذا التزموا بأحكام الإسلام، فالأقوى عدم نجاستهم، إلا مع العلم بالتزامهم بلوازم مذاهبهم من المفاسد» (۲).

ولا ريب في أن المسائل التي وقع الخلاف فيها بين العلماء والتي يقول صاحب (المسالک) بعدم قدح الخلاف فيها، ليست من فروع الإعتقادات الضروريه، بل هی مباحث ظنيه كما قال. . . فإن أراد الشهيد الثانی ما ذكرنا فهو، وإلا ورد عليه إشكال (الجواهر) .

قال المحقق: « ولا ترد شهاده المخالف في الفروع من معتقدى الحق إذا لم يخالف الإجماع، ولا يفسق وإن كان مخطئاً في اجتهاده» (۳).

أقول: إن الخلاف في الفروع الفقهيه لا يضرّ بالعداله ولا بالشهاده، إذ قد يؤدى إلى ذلک الإجتهاد والنظر في الأدلّه وهي كلّها ظنيه، إما سنداً كما في السنّه،

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۳۴.
۲- ۲) العروه الوثقى ۱: ۱۴۵ المسأله ۳.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۷.

وإما دلاله كما فى الكتاب.

هذا، إلا إذا كانت مخالفته مخالفه للإجماع الثابت المعلوم دخول المعصوم عليه السلام فى المجمعين، وكذا إذا خالف الحكم المقطوع به بحيث يقطع بقبول المعصوم له، كما إذا كان مما يستقلّ به العقل، فإن مثل هذا الحكم لا ريب فى قبوله له، لأنه يكون مورد قاعده الملازمه: «كل ما حكم به العقل حكم به الشرع» (1)أو يكون الحكم مما اتفق عليه فقهاء الفرقه المحقه واستقرت عليه كلمتهم مع اختلاف الأعصار والأمصار، بناءاً على أن مثل ذلك كاشف عن الواقع الذى لم يتخلّف عنه المعصوم عليه السلام، فإن مثل هذا الحكم لا يجوز مخالفته لكشفه عن رأى المعصوم، بل لا يجوز مخالفه كلّ إجماع كان عن اجتهاد صحيح ويكشف عن وجود دليل معتبر لا يجوز مخالفته باجتهاد.

ومثل الإجماع المذكور فى ذلك مخالفه صريح الكتاب ونصّه أو الخبر المتواتر المعلوم.

۱- ۱) هدايه المسترشدين ۳: ۵۰۳.

المسأله الثانيه: (فی عدم قبول شهاده القاذف)

قال المحقق قدّس سرّه: « لا تقبل شهاده القاذف، ولو تاب قبلت» .

أقول: الأصل فی هذه المسأله هو قول اللّه سبحانه: «وَ اَلَّذِینَ یَرْمُونَ اَلْمُحْصَنٰاتِ ثُمَّ لَمْ یَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدٰاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمٰانِینَ جَلْدَهً وَ لاٰ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهٰادَهً أَبَداً وَ أُولٰئِکَ هُمُ اَلْفٰاسِقُونَ * إِلاَّ اَلَّذِینَ تٰابُوا مِنْ بَعْدِ ذٰلِکَ وَ أَصْلَحُوا فَإِنَّ اَللّٰهَ غَفُورٌ رَحِیمٌ» (۱). وتدلّ على ذلک الأخبار المستفیضه، وقد قام الإجماع بقسمیه علیه.

وإنما لا تقبل شهادته مع عدم اللّعان أو البیّنه أو إقرار المقذوف، وأما مع أحد الامور المذکوره، أو إذا تاب، قبلت، سواء أُقیم الحدّ علیه أو لا، ولو أُقیم ولم یتب لم تقبل.

وقد اتفق المفسرون على عدم رجوع الإستثناء إلى الجمله الاولى أعنی قوله: «فَاجْلِدُوهُمْ ثَمٰانِینَ جَلْدَهً» وهم بین من أرجعه إلى الجملتین الباقیتین، وبین من أرجعه إلى الثالثه وهی: «أُولٰئِکَ هُمُ اَلْفٰاسِقُونَ» (۲).

ص:۸۹۴

۱- ۱) سوره النور ۲۴: ۴ ۵.

۲- ۲) التبیان فی تفسیر القرآن ۷: ۴۰۹، جامع البیان للطبری ۱۸: ۶۰ ۶۱، معانی القرآن للنحاس ۴: ۵۰۱، تفسیر القرطبی ۱۲: ۱۷۹ ۱۸۰، الکشاف ۴: ۲۶۹، تفسیر ابن کثیر ۳: ۲۷۵، المیزان ۱۵: ۸۱ ۸۲.

وأما الحدّ، فإن كان فی حقوق اللّه فلا یسقط، إلا إذا تاب قبل أن یؤخذ إلی الحاکم کما فی الأخبار (۱)، وإن کان فی حقوق الناس یسقط بعفو صاحبه، وإلا فلا یسقط، سواء تاب أو لا، وما نحن فیه من هذا القبیل، فهو یسقط بعفو المقذوف، کما یرتفع الفسق وتقبل شهادته بالتوبه.

حدّ توبه القاذف

إنما الکلام فی حدّ التوبه ومعنی الإصلاح المذکور فی الآیه.

أما «التوبه» فالآیه ساکته عن بیان حدّها، وکلمات الأصحاب مختلفه فیه:

قال المحقق: «وحد التوبه أن یکذب نفسه وإن کان صادقاً ویوری باطناً. وقیل: یکذبها إن کان کاذباً، ویخطئها فی الملأ إن کان صادقاً. والأول مروی» (۲).

ولننظر فی أخبار المسأله:

۱ - أبو الصباح الکنانی قال: «سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن القاذف بعد ما یقام علیه الحدّ، ما توبته؟ قال: یکذب نفسه. قلت: أرأیت إن أکذب نفسه وتاب، أتقبل شهادته؟ قال: نعم» (۳).

۲ - القاسم بن سلیمان قال: «سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یقذف الرجل فیجلد حدّاً ثم یتوب ولا یعلم منه إلّاخیر، أتجوز شهادته؟ قال:

۱- ۱) فی الوسائل: «باب إن من تاب قبل أن یؤخذ سقط عن الحد» ج۲۸ / ۳۶ ومن ذلک صحیح ابن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام: «السارق إذا جاء من قبل نفسه تائباً إلی اللّه عزّوجّل ترد سرقته إلی صاحبها ولا قطع علیه» .

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۳/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۶.

نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين اللّه، ولا تقبل شهادته أبداً، فقال: بئس ما قالوا، كان أبى يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلا خير جازت شهادته» (۱).

۳ - السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قال أمير المؤمنين عليه السلام: ليس يصيب أحد حدّاً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته» (۲).

۴ - يونس عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام قال: « سألته عن الذى يقذف المحصنات تقبل شهادته بعد الحدّ إذا تاب؟ قال: نعم. قلت: وما توبته؟ قال: يجى فيكذب نفسه عند الإمام ويقول: قد افتريت على فلانه، ويتوب مما قال» (۳).

۵ - الكنانى: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن القاذف إذا أكذب نفسه وتاب، أتقبل شهادته؟ قال: نعم» (۴).

۶ - عبد اللّه بن سنان: « سألت أبا عبد اللّه عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع فيما قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» (۵).

إن هذه الأخبار تدل على أن توبته (إكذاب نفسه) كما عليه المحقق تبعاً

ص:۸۹۶

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۳/۲. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۴/۳. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۴/۴. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۴/۵. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۵/۱. كتاب الشهادات، الباب ۳۷.

للصدوقين (۱)والعمانی (۲)ونهایه الشیخ (۳)والشهیدین (۴)وغیرهم (۵)، بل قیل إنه المشهور (۶)، بل ادعی علیه الإجماع (۷)، ولا ریب أن هذا الإکذاب یکون عقیب الندم فیما بینه وبین اللّه عز وجل، وأنه یعتبر - بعد حمل مطلقها علی مقیدها - أن یکون عند الإمام وعند المسلمین، وفاقاً للجماعه، بل عن بعضهم عدم الخلاف فی اعتبار ذلک (۸)، فما فی (الجواهر) من أن الظاهر إراده إجهاره بذلک لا کونه شرطاً فی التوبه (۹)، خلاف ظاهر الأخبار، بل الظاهر منها عدم تحقق التوبه المؤثره لقبول الشهاده إلاـ بذلک، کما لا یخفی علی من لاحظها، لا سیما صحیحه ابن سنان حیث یسأل عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال الإمام علیه السلام: « نعم إذا تاب، وتوبته أن یرجع ممّا قال ویکذب نفسه عند الإمام وعند المسلمین، فإذا فعل

۱- ۱) المقنع: ۳۹۷ ۳۹۸.

۲- ۲) مختلف الشیعه ۸: ۴۷۹.

۳- ۳) النهایه: ۷۲۷.

۴- ۴) الدروس ۲: ۱۲۶، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۳.

۵- ۵) إصباح الشیعه: ۵۲۹، التنقیح الرائع ۴: ۲۹۳ ۲۹۴، المهذب لابن البراج ۲: ۵۴۹.

۶- ۶) ریاض المسائل ۱۵: ۲۷۶.

۷- ۷) غنیه النزوع ۲: ۴۴۰.

۸- ۸) إیضاح الفوائد ۴: ۴۲۴، التنقیح الرائع ۴: ۲۹۴، غایه المرام: ۲۷۹ ۲۸۰، ریاض المسائل ۲۷۸۲۷۷:۱۵.

۹- ۹) جواهر الکلام ۴۱: ۴۰.

فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» .

وقد ظهر بذلك ضعف القول الآخر، والقائل به الشيخ فی (المبسوط) (۱)وابن إدريس (۲)وابن سعيد (۳)والعلامه (۴)فإنه اجتهاد فی مقابله نصوص المسأله، بل فی (المسالک) إنه تعريض بقذف جديد غير القدف الأول (۵).

كما ظهر من خبر القاسم بن سليمان خلاف العامه فی المسأله، حيث يقولون بأن توبته فيما بينه وبين اللّه تعالی، ولا تقبل شهادته أبدا (۶).

ومن هنا حمل على التقيه ما رواه السكونی: « عن جعفر عن أبيه عن علی عليهم السلام قال: ليس أحد يصيب حدّاً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته إلا القاذف، فإنه لا تقبل شهادته، إن توبته فيما كان بينه وبين اللّه تعالی» (۷).

إلا أن حمله على التقيه من البعد بمكان، لأنه عن أمير المؤمنين ولم يكن عليه السلام فی تقيه فی بيان المسائل الشرعيه الفرعيه، وأبعد منه احتمال أن نسبه الإمام الصادق عليه السلام ذلک إلی جدّه عليه السلام هی من باب التقيه. . . (۸).

فالصحيح فی الجواب عنه هو: إن الإستثناء المزبور قد اختص به بعض نسخ (التهذيب) ، وقد خلا عنه البعض الآخر وكتاب (الكافی) الذی تقرّر كونه أضبط من التهذيب، فيتقدم الخبر الخالی عنه لما ذكرنا، وإن كان الأصل فی دوران الأمر

۱- ۱) المبسوط فی فقه الإماميه ۸: ۱۷۹.

۲- ۲) السرائر ۳: ۵۲۶.

۳- ۳) الجامع للشرائع: ۵۴۰.

۴- ۴) مختلف الشيعه ۸: ۴۸۰.

۵- ۵) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۵.

۶- ۶) السنن الكبرى للبيهقی ۱۰: ۱۵۶، المحلّی لابن حزم ۹: ۴۳۱، بدايه المجتهد ۲: ۴۴۳، المغنی لابن قدامه ۲: ۷۵ ۷۶.

۷- ۷) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۴/۶. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۸- ۸) جواهر الكلام ۴۱: ۳۷.

بين الزياده والنقيصه هو عدم الزياده.

هذا كلّه فى حد التوبه فى هذا المقام.

وأما « الإصلاح» فهل هو شرط زياده عن التوبه؟ وما معناه؟

هل يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه؟

قال المحقق قدّس سرّه: « وفى اشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبه تردد، والأقرب: الإكتفاء بالإستمرار، لأن بقاءه على التوبه إصلاح ولو ساعه» (١).

أقول: الأصل فى هذا قوله تعالى: «إِلَّا اَلَّذِينَ تٰابُوا مِنْ بَعْدِ ذٰلِكَ وَ أَصْلَحُوا» (٢)ولم تذكر الآيه شيئاً زائداً على « الإصلاح» فقيل: العطف تفسيرى ولا يشترط شىء زائداً على التوبه (٣)، وقيل: يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه (۴)، فقيل: يكتفى فى إصلاح العمل بالاستمرار على التوبه (۵)، وقيل: المراد إصلاح الحال والنفس بمنعها عن ظهور ما ينافى العداله (۶).

قال فى (الجواهر) : التأمل الجيّد يقتضى كون المراد بالإصلاح إكذاب نفسه بين الناس الذى يكون به إصلاح لما أفسده من عرض المقذوف بقذفه، وذلك لظهور النصوص أو صراحتها فى مغفره ذنب القاذف بالتوبه وإكذاب نفسه، وأنه لا يحتاج بعد ذلك إلى أمر آخر، والآيه ذكرت التوبه والإصلاح، فيعلم حينئذ كون

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٢٨.

٢- ٢) سوره النور ٢۴: ۵.

٣- ٣) كشف اللثام ١٠: ٢٩٠.

۴- ۴) كتاب الخلاف ۶: ٢۶۴ المسأله ١٣، السرائر ٢: ١١۶ و٣: ۵٢٢.

۵- ۵) مختلف الشيعه ٨: ۴٨١، مسالك الأفهام ١۴: ١٧۵.

۶- ۶) رياض المسائل ١۵: ٢٨٠.

المراد ذلك، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها (۱).

أقول: ليس ظاهر النصوص - فضلاً عن صراحتها - ما ذكره رحمه اللّه، ففى خبر القاسم بن سليمان: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدّاً ثم يتوب ولا يعلم منه إلا خير، أتجوز شهادته؟ قال نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون: توبته فيما بينه وبين اللّه تعالى ولا تقبل شهادته أبداً. فقال: بئسما قالوا، كان أبى يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلاخير جازت شهادته» (۲)وظاهره اعتبار شىء زائداً على التوبه، فيعلم حينئذٍ كون المراد من « الإصلاح» فى الآيه « أن لا يعلم منه إلا خير» بعد التوبه، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها.

فظهر اشتراط اعتبار ذلك زياده عن « التوبه» ، خلافاً لمن نفى ذلك، وأن العطف ليس تفسيرياً، خلافاً لمن احتمله، وأنه لا يكفى فى ذلك الاستمرار على التوبه ولو ساعه، خلافاً للمحقق وغيره، والقول بأن المراد أن لا يعلم منه إلا خير قبل التوبه، خلاف ظاهر الخبر.

فالحق هو القول باشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبه (۳).

ص:۹۰۰

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۴۱.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۳/۲. كتاب الشهادات، الباب ۳۶.

۳- ۳) أقول: توضيح ما ذكره السيد الاستاذ هو: إن الآيات التى جاء فيها « الإصلاح» بعد « التوبه» على طوائف: منها: الآيه المذكوره فى صدر المسأله وهى فى سوره النور: ۵ «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ. . . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا. . .» وقوله تعالى: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَهُ. . . فَمَن تَابَ مِن بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ. . .» وقوله: «. . . أَنَّهُ مَن عَمِلَ مِنكُمْ سُوءاً بِجَهَالَهٍ ثُمَّ تَابَ مِن بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ. . .» . ومنها: الآيه فى سوره آل عمران: ۸۹: «كَيْفَ يَهْدِى اللّهُ قَوْماً كَفَرُواْ بَعْدَ إِيمَانِهِمْ. . . إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُواْ. . .» ونحوها. ومنها: الآيات الكثيره التى جاء فيها « العمل الصالح» بعد الإيمان « والتوبه» . والمستفاد من مجموعها أن التوبه لا تتحقق أو لا تكمل إلا بالإصلاح الذى هو ضد الإفساد، فلابد من إصلاح العبد ما بينه وبين مولاه بالدخول فى الصلاح والقيام بالصالحات، حتى لا يعلم منه إلا خير، وهذا هو ظاهر الطائفتين الثانيه والثالثه من الآيات. إلا أن الطائفه الاولى امتازت ببيان اشتراط التوبه عن تلك الذنوب الخاصه وهى ارتكاب « رمى المحصنات» و « السرقه» و « السوء» بإصلاح ما أفسد فى تلك الموارد، بالإصلاح المناسب لكل منها، ومن الواضح أن إصلاح ما أفسده فى مورد آيه رمى المحصنات يكون بإكذاب نفسه بين الناس، وبه صرحت النصوص. فالعمل الصالح زياده عن التوبه شرط، وقد يشترط بالإضافه إلى ذلك فى بعض الموارد إصلاح خاص.

ثم إن هذا الخبر بناء على تماميّه سنده يقيّد الأخبار المطلقه الدالّه على جواز شهادته بتوبته المجرده المتحققه بإكذاب نفسه، كما عرفت ظهور الآـيه الكريمه فى اشتراط « الإصـلاح» بـالمعنى المـذكور زيـاده عن التوبه، ولاـ أقـل من احتفـاف تلك الأخبار بما يصلح للقرينيه، فلا يصح التمسک بإطلاقها.

قال المحقق: « ولو أقام بيّنه بالقذف أو صدّقه المقذوف فلا حدّ عليه ولا ردّ» (١).

أقول: أى: لو أقام القاذف بينه بما صدر منه من القذف أو صدّقه المقذوف، فلا حدّ عليه ولا تردّ شهادته، وهو واضح.

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٢٨.

المسأله الثالثه: (فی حرمه اللعب بآلات القمار مطلقاً)

قال المحقق قدّس سرّه: « اللعب بآلات القمار کلّها حرام، کالشطرنج والنرد والأربعه عشر وغیر ذلک، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار» (۱).

أقول: لا ریب فی حرمه اللّعب بآلات القمار نصّاً وفتویً، کما لا ریب فی حرمه التصرف فی المال الحاصل من هذا الطریق، لأنه أکل للمال بالباطل.

ولنذکر طائفه من نصوص المسأله:

۱ - زیاد بن عیسی قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن قوله عزّوجلّ: «وَ لاٰ تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ» (۲)فقال: کانت قریش تقامر الرجل بأهله وماله، فنهاهم اللّه عزّوجلّ عن ذلک» (۳).

۲ - جابر « عن أبی جعفر علیه السلام قال: لما أنزل اللّه علی رسوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم «إِنَّمَا اَلْخَمْرُ وَ اَلْمَیْسِرُ وَ اَلْأَنْصٰابُ وَ اَلْأَزْلاٰمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ اَلشَّیْطٰانِ فَاجْتَنِبُوهُ» (۴)قیل: یا رسول اللّه ما المیسر؟ فقال: کلّ ما تقومر به حتی الکعاب والجوز. قیل: فما الأنصاب؟ قال: ما ذبحوا لآلهتهم. قیل: فما الأزلام؟

ص:۹۰۲

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۱۸۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷: ۱/۱۶۴. أبواب ما یکتسب به، الباب ۳۵.

۴- ۴) سوره المائده ۵: ۹۰.

قال: قداحهم التى يستقسمون بها» (۱).

۳ - حماد بن عيسى، قال: « دخل رجل من البصريين على أبى الحسن الأوّل عليه السلام، فقال له: جعلت فداك، إنى أقعد مع قوم يلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولكن أنظر، فقال: مالك ولمجلس لا ينظر اللّه إلى أهله» (۲).

۴ - سليمان الجعفرى « عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: المطّلع فى الشطرنج كالمطّلع فى النار» (۳).

۵ - ابن رئاب قال: « دخلت على أبى عبد اللّه عليه السلام فقلت له: جعلت فداك، ما تقول فى الشطرنج؟ فقال: المقلّب لها كالمقلّب لحم الخنزير.

قال فقلت: ما على من قلب لحم الخنزير؟ قال: يغسل يده» (۴).

۶ - أبو بصير عن أبى عبد اللّه السلام قال: « بيع الشطرنج حرام، وأكل ثمنه سحت، واتخاذها كفر، واللّعب بها شرك، والسلام على اللّاهى بها معصيه وكبيره موبقه، والخائض فيها يده كالخائض يده فى لحم الخنزير، لا صلاه له حتى يغسل يده كما يغسلها من مس لحم الخنزير، والناظر إليها كالناظر فى فرج اُمه، واللّاهى بها والناظر إليها فى حال ما يلهى بها والسلام على اللّاهى بها فى حالته تلك فى الإثم سواء، ومن جلس على اللعب بها فقد تبوّء مقعده من النار، وكان عيشه ذلك حسره عليه فى القيامه، وإياك ومجالسه اللاهى والمغرور بلعبها، فإنها من المجالس

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۷: ۱۶۵/۴. أبواب ما يكتسب به، الباب ۳۵.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۲۲/۱. أبواب ما يكتسب به، الباب ۱۰۳.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۲۲/۲. أبواب ما يكتسب به، الباب ۱۰۳.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۲۲/۳. أبواب ما يكتسب به، الباب ۱۰۳.

التی باء أهلها بسخط من اللّه، یتوقّعونه فی کلّ ساعه فیعمک معهم» (۱).

۷ - الحسین بن زید عن الصادق عن آبائه علیهم السلام فی حدیث المناهی قال: « نهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم عن اللّعب بالنرد والشطرنج والکوبه والعرطبه وهی الطنبور والعود، ونهی عن بیع النرد» (۲).

۸ - معمر بن خلاد « عن أبی الحسن علیه السلام قال: النرد والشطرنج والأربعه عشر بمنزله واحده، وکلّ ما قومر علیه فهو میسر» (۳).

۹ - أبو بصیر « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قال أمیر المؤمنین علیه السلام: النرد والشطرنج هما المیسر» (۴).

۱۰ - عیون الأخبار عن الرضا علیه السلام فی رسالته إلی المأمون، فی ذکر الکبائر: « والمیسر وهو القمار» (۵).

۱۱ - الفضیل قال: « سألت أبا جعفر علیه السلام عن هذه الأشیاء التی یلعب بها الناس: النرد والشطرنج حتی انتهیت إلی السدر، فقال: إذا میّز اللّه الحق من الباطل مع أیّهما یکون؟ قال: مع الباطل، قال: فمالک وللباطل؟» (۶).

۱۲ - زید الشحام قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن قول اللّه عزّوجلّ «فَاجْتَنِبُوا اَلرِّجْسَ مِنَ اَلْأَوْثانِ وَ اِجْتَنِبُوا قَوْلَ اَلزُّورِ» (۷)قال: الرجس

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۳/۴. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۵/۶. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۳/۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۴/۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۴.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۲۹/۳۳. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۶.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۴/۴. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۴.

۷- ۷) سوره الحج ۲۲:۳۰.

من الأوثان الشطرنج، وقول الزور الغناء» (١).

١٣ – عمر بن يزيـد « عن أبی عبد اللّه علیه السـلام قال: إن للّه عزّوجلّ فی کلّ لیله من شـهر رمضان عتقاء من النار، إلا من أفطر علی مسکر، أو مشاحن أو صاحب شاهین. قلت: وأی شیء صاحب الشاهین؟ قال: الشطرنج» (٢).

١۴ – العلاء بن سیابه: « سمعته یقول: لا تقبل شهاده صاحب النرد والأربعه عشر، وصاحب الشاهین. . .» (٣).

دلّت هذه الأخبار وغیرها علی حرمه اللعب بآلات القمار علی اختلاف أنواعها، وسواء کان اللعب مع المراهنه أو بدونها.

إنمـا الکلاـم فی أنه هـل اللعب بهـا من الکبائر، فتزول به العـداله وتردّ الشـهاده ولو بمرّه واحـده، أو أنه من الصـغائر فلا تزول به العداله إلا مع الإصرار؟

ظاهر المحقق وغیره بل الأکثر هو الأوّل، وعلیه صاحب (الجواهر) (۴)وهو المختار.

وذهب صاحب (المسالک) إلی الثانی حیث قال: « وظاهر النهی أنها من الصغائر، فلا تقدح فی العداله إلا مع الاصرار» (۵).

واستحسنه فی (الکفایه) (۶).

ص:٩٠۵

١– ١) وسائل الشیعه ١٧: ٣١٨/١. أبواب ما یکتسب به، الباب ١٠٢.

٢– ٢) وسائل الشیعه ١٧: ٣١٩/۴. أبواب ما یکتسب به، الباب ١٠٢.

٣– ٣) وسائل الشیعه ٢٧: ٣٨٠/١. أبواب ما یکتسب به، الباب ٣٣.

۴– ۴) جواهر الکلام ۴١: ۴۵.

۵– ۵) مسالک الأفهام ١۴: ١٧٧.

۶– ۶) کفایه الأحکام ٢: ٧۵٢.

وفی (الریاض) : « فی زوال العداله به من دون إصرار إشکال، لعدم ما یدلّ علی کونه من الکبائر، وإنما المستفاد من النصوص مجرّد النهی عنه وتحریمه من دون توعید علیه بالنار، فهو من الصغائر، لا یقدح فی العداله إلا مع الإصرار علیها، نعم ربما یستفاد من جمله من الأخبار التوعید بها فی اللعب بالشطرنج. . . لکنها مع قصور أسانیدها جملهً غیر واضحه الدلاله. . .» (۱).

قلت: إن العمده فی وجه ما ذهبوا إلیه تخصیص الکبائر بما أوعد اللّه علیه النار فی القرآن المجید، کما تقدّم عن (الکفایه) اختیاره ونسبته إلی الأشهر (۲)، وعدم الإعتناء بالأخبار الوارده فی بیان الکبائر وتعیینها، وهذا مشکل.

وأما فی المقام، فإن استدلالنا هو بمجموع تلک الأخبار، بألفاظها المختلفه وتعابیرها الشدیده کجعل «اَلرِّجْسَ مِنَ اَلْأَوْثٰانِ» هو « الشطرنج» ، وأنه والنرد من « الباطل» وأن الناظر إلی الشطرنج کالناظر فی فرج اُمه، بل إن کلّ ما تقومر به فهو « المیسر» ، بل فی بعضها وهو خبر عیون الأخبار التصریح بکون « المیسر» من « الکبائر» ولا یبعد تمامیه سنده، بل فی بعضها: أن السلام علی اللّاهی بالشطرنج معصیه وکبیره موبقه.

وکیف کان، فإن الأخبار بمجموعها ظاهره فی أن اللعب بآلات القمار معصیه کبیره توجب السقوط عن العداله. ومع التسلیم بضعفها سنداً (۳)، فإن دعوی عدم

۱- ۱) ریاض المسائل ۱۵: ۲۶۶ ۲۶۷. وفیه: غیر واضحه الأسانید.

۲- ۲) کفایه الأحکام ۲: ۷۴۵.

۳ - ۳) أقول: عمده أخبار المسأله فی هذه الجهه خبر المستطرفات عن جامع البزنطی، وقد اختلف مشایخنا فی أخبار المستطرفات، فمنهم من لا یعتمد علیها، لعدم ثبوت الطرق المعتبره إلی تلک الأخبار، ومنهم من یعتمد، لأن ابن ادریس من المنکرین لحجیه الأخبار الآحاد، فلولا ثبوت تلک الأخبار بطرق معتبره لما استطرفها فی آخر سرائره، وللبحث فی هذا الموضوع مجال آخر.

الجابر لها ضعيفه، إذ يكفى فى الجبر تعاضد النصوص والفتاوى على أن الأصل فى كلّ معصيه كونها كبيره، لأن الأصل عدم تكفيرها.

ويترتب على هذا الأصل: اختلال العداله بارتكاب المعصيه المشكوك كونها كبيره أو صغيره.

فلو شك فى بقاء عداله المرتكب للمعصيه المشكوك فيها من هذا الحيث، فإن كان الشك مسبباً عن الشك فى كونها كبيره أو صغيره، لم يجر استصحاب بقاءها، وإلا فالظاهر جريانه فى نفسه خلافاً لصاحب (الجواهر) القائل بالعدم من جهه تبدّل الموضوع (۱)ضروره اتحاد الموضوع وهو الشخص فى نظر العرف، بعد البناء على أن المعتبر هو نظر العرف فى أمثال المقام.

ص:۹۰۷

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۴۶.

المسأله الرابعه: (فی عدم قبول شهاده شارب المسکر)

قال المحقق قدّس سرّه: « شارب المسکر تردّ شهادته ویفسق، خمراً کان أو نبیذاً أو بتعاً أو منصفاً أو فضیخاً، ولو شرب منه قطره» (۱).

أقول: حرمه المسکر لا ریب فیها ولا خلاف، ویدلّ علیها الکتاب والسنّه، کما لا خلاف فی أن شاربه تردّ شهادته ویفسق، وفی (الجواهر) : الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض أو متواتر (۲).

ولا فرق فی هذا الحکم بین أن یشرب الخمر وهو کما قال الراغب: المتخذ من العنب والتمر (۳)، أو النبیذ وهو کما فی (النهایه) : ما یعمل من الأشربه من التمر والزبیب والعسل والحنطه والشعیر وغیر ذلک (۴)، أو بتعاً وهو بکسر الباء وسکون التاء وقد تفتح نبیذ العسل، وهو خمر أهل الیمن، أو منصفاً وهو من العصیر کما فی (المصباح) : ما طبخ حتی بقی علی النصف (۵)، أو فضیخاً وهو کما فی (النهایه) :

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۴۶.

۳- ۳) المفردات فی غریب القرآن: ۱۵۹.

۴- ۴) النهایه فی غریب القرآن والحدیث ۵: ۷.

۵- ۵) المصباح المنیر: ۶۰۸.

شراب يتخذ من البسر المفضوخ أی المشدوخ (۱).

ویترتب ما ذکر من الآثار ولو شرب منه قطره، وفی (کشف اللثام) و (الجواهر) قال الشافعی: من شرب یسیراً من النبیذ أحدّه ولا أُفسّقه ولا أردّ شهادته. وعن أبی حنیفه: لا أحدّه ولا أفسّقه ولا أردّ شهادته (۲).

قال فی (الکفایه) : والأصحاب أطلقوا الحکم بأن شارب الخمر تردّ شهادته ویفسق، وهذا یدلّ علی کون ذلک عندهم کبیره (۳).

قال المحقق: « وکذا الفقاع، وکذا العصیر إذا غلا من نفسه أو بالنار ولو لم یسکر، إلا أن یغلی حتی یذهب ثلثاه» (۴).

أقول: أما الفقاع فهو خمر قد استصغره الناس، وأما العصیر العنبی فإذا غلا بنفسه أو بالنار یحرم وإن لم یسکر، فإن غلی حتی یذهب ثلثاه حلّ الثلث الباقی. قال فی (الکفایه) : قد ذکروا فی هذا المقام العصیر العنبی إذا غلا قبل ذهاب الثلثین، وتحریمه ثابت، لکن فی کونه کبیره تأمل، والأقرب عدم ذلک (۵). فتأمل.

قال: « وأما غیر العصیر من التمر والبسر فالأصل أنه حلال ما لم یسکر» (۶).

أقول: أی، فإن أسکر حرم، لأن کلّ مسکر حرام.

۱- ۱) النهایه فی غریب الحدیث ۳: ۴۵۳.
۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۲۹۲، جواهر الکلام ۴۱: ۴۶ و۴۷.
۳- ۳) کفایه الأحکام ۲: ۷۵۰.
۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.
۵- ۵) کفایه الأحکام ۲: ۷۵۰.
۶- ۶) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

قال: « ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل» (۱).

أقول: يدلّ على ذلک ما رواه زراره « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن الخمر العتیقه تجعل خلّاً؟ قال: لا بأس» (۲).

وعن عبید بن زراره قال « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یأخذ الخمر فیجعلها خلّاً. قال: لا بأس» (۳).

قال فی (الجواهر) : سواء کان بعلاج أو غیره، بل لعلّ الظاهر ما فی (کشف اللثام) من أنه لا یحکم بفسق متخذ الخمر إلا إذا علم أنه لا یرید به التخلیل (۴).

وفی (المسالک) : ترک العلاج بشی أفضل (۵).

قلت: وجه أفضلیه الترک ما رواه أبو بصیر عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « سئل عن الخمر یجعل فیها الخل، فقال: لا إلا ما جاء من قبل نفسه» (۶)قال صاحب الوسائل: « حمله الشیخ علی استحباب ترکها حتی تصیر خلّاً من غیر أن یطرح فیها ملح أو غیره» (۷).

ص:۹۱۰

۱- ۱) . شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۲- ۲) . وسائل الشیعه ۲۵: ۲۷۷/۱. أبواب الأشربه المباحه، الباب ۳۳.

۳- ۳) . وسائل الشیعه ۲۵: ۳۷۰/۳. أبواب الأشربه المحرمه، الباب ۳۱.

۴- ۴) . جواهر الکلام ۴۱: ۴۷، کشف اللثام ۱۰: ۲۹۳.

۵- ۵) . مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۹.

۶- ۶) . وسائل الشیعه ۲۵: ۳۷۱/۷. ابواب الأشربه المباحه، الباب ۳۱.

۷- ۷) . وسائل الشیعه ۲۵: ۳۷۲، النهایه: ۵۹۲.

المجلد ۳

اشاره

ص :۱

بقیه کتاب الشهادات

اشاره

القضاء والشهادات (۳)

بقیه الطرف الاول (فی صفات الشاهد)

[ادامه وصف العداله]

[ادامه بیان مسائل]

المسأله الخامسه: (فی الغناء وردّ الشهاده به)

قال المحقق قدّس سرّه: « مدّ الصوت المشتمل علی الترجیع المطرب یفسق فاعله وترد شهادته، وکذا مستمعه، سواء استعمل فی شعر أو قرآن» (۱).

أقول: البحث فی هذه المسأله فی جهات:

جهات البحث فی المسأله

الجهه الاولی: فی حرمه الغناء. ولا خلاف بین الأصحاب فی تحریم الغناء، بل فی (الجواهر) الإجماع بقسمیه علیه (۲)، بل قد ادعی التواتر فی الأخبار الدالّه علی حرمته، وستأتی نصوص بعضها.

والجهه الثانیه: فی حرمه استماع الغناء. وهذا أیضاً لا خلاف فی حرمته، والأخبار الدالّه علیه کثیره، وسیأتی بعضها.

والجهه الثالثه: فی کونه معصیه کبیره. وهذا أیضاً لا خلاف فیه، ویدلّ عدّه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۴۷.

من الأخبار على كونه مما أوعد اللّه عليه النار، وسيأتى بعضها.

والجهه الرابعه: فى موضوع الغناء المحرّم، وهو عند المحقق وجماعه بل نسب إلى الأكثر « مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب» (۱)ومنهم من اعتبر فيه التسميه العرفيه، قال فى (المسالك) : والأولى الرجوع فيه إلى العرف، فما يسمى فيه غناء يحرم (۲).

قال المحقق: « سواء استعمل فى شعر أو قرآن» (۳).

أقول: أى أن المحرّم هو الكيفيه الخاصه المذكوره، أو التى يسميها العرف غناءاً ويسمى فى الفارسيه ب « سرود» ، من غير فرق بين أن تكون تلك الكيفيه فى كلام حقٍ كالقرآن والدعاء وأمثالهما، أو باطل كالأشعار الباطله، وسواء اقترن بشىء من المحرمات كآلات اللهو وحضور الرجال فى مجلس النساء أو لم يقترن.

وهذا هو المشهور بين الأصحاب، وهو المستفاد من أخبار الباب، وإليك نصوص طائفه منها (۴).

۱ - زيد الشحام قال: « قال أبو عبد اللّه عليه السلام: بيت الغناء لا تؤمن فيه الفجيعه، ولا تجاب فيه الدعوه، ولا يدخله الملك» (۵).

۲ - زيد أيضاً قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن قوله عزّوجلّ:

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۳۳۶، مستند الشيعه ۱۴: ۱۲۵، كتاب المكاسب ۱: ۱۱۰، نشراسماعيليان.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۸۰.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۴- ۴) ولا حاجه إلى النظر فى أسانيد هذه الأخبار بعد كونها مستفيضه، وأغلبها فى الباب ۹۹ من أبواب ما يكتسب به ۱۷/۳۰۳.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۰۳/۱. أبواب ما يكتسب به، الباب ۹۹.

«وَ اِجْتَنِبُوا قَوْلَ اَلزُّورِ» (۱)قال: قول الزور الغناء» (۲).

۳ - أبو الصباح « عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی قوله عزّوجلّ: «لاٰ یَشْهَدُونَ اَلزُّورَ» (۳)قال: الغناء» (۴).

۴ - محمد بن مسلم وأبو الصباح الکنانی عن أبی عبد اللّه علیه السلام « فی قول اللّه عزّوجلّ «وَ اَلَّذِینَ لاٰ یَشْهَدُونَ اَلزُّورَ» قال: الغناء» (۵).

۵ - محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: سمعته یقول: « الغناء مما وعد اللّه علیه النار، وتلا هذه الآیه «وَ مِنَ اَلنّاسِ مَنْ یَشْتَرِی لَهْوَ اَلْحَدِیثِ لِیُضِلَّ عَنْ سَبِیلِ اَللّهِ بِغَیْرِ عِلْمٍ وَ یَتَّخِذَهٰا هُزُواً أُولٰئِکَ لَهُمْ عَذٰابٌ مُهِینٌ» (۶)» (۷).

۶ - مهران بن محمد عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال « سمعته یقول: الغناء مما قال اللّه عزّوجلّ «وَ مِنَ اَلنّاسِ مَنْ یَشْتَرِی لَهْوَ اَلْحَدِیثِ لِیُضِلَّ عَنْ سَبِیلِ اَللّهِ» » (۸).

۷ - أبو بصیر قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن قول اللّه عزوجل: «فَاجْتَنِبُوا اَلرِّجْسَ مِنَ اَلْأَوْثٰانِ وَ اِجْتَنِبُوا قَوْلَ اَلزُّورِ» (۹)قال: قول الزور

ص:۹۱۷

۱- ۱) سوره الحج ۲۲: ۳۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۳/۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۳- ۳) سوره الفرقان ۲۵: ۷۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۴/۳. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۴/۵. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۶- ۶) سوره لقمان ۳۱: ۶.

۷- ۷) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۴/۶. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۸- ۸) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۵/۷. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۹- ۹) سوره الحج ۲۲: ۳۰.

الغناء» (۱).

۸ - أبو اُسامه عن « أبى عبد اللّه علیه السلام قال: الغناء عش النفاق» (۲).

۹ - الوشاء قال: « سمعت أبا الحسن الرضا علیه السلام یقول: سئل أبو عبد اللّه علیه السلام عن الغناء، فقال: هو قول اللّه عزّوجلّ «وَ مِنَ اَلنّاسِ مَنْ یَشْتَرِی لَهْوَ اَلْحَدِیثِ لِیُضِلَّ عَنْ سَبِیلِ اَللّهِ» (۳).

۱۰ - إبراهیم بن محمد المدنی عمن ذکره « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: سئل عن الغناء وأنا حاضر، فقال: لا تدخلوا بیوتاً اللّه معرض عن أهلها» (۴).

۱۱ - یونس قال: « سألت الخراسانی علیه السلام عن الغناء وقلت: إن العباسی ذکر عنک أنک ترخّص فی الغناء، فقال: کذب الزندیق، ما هکذا قلت له، سألنی عن الغناء، فقلت: إن رجلًا أتی أبا جعفر علیه السلام فسأله عن الغناء، فقال: یا فلان، إذا میز اللّه بین الحق والباطل فأین یکون الغناء؟ قال: مع الباطل، فقال: قد حکمت» (۵).

۱۲ - عبد الأعلی قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الغناء وقلت: إنهم یزعمون أن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم رخّص فی أن یقال: جئناکم جئناکم حیّونا حیّونا نحیّکم، فقال: کذبوا، إن اللّه عزّوجلّ یقول «وَ ما خَلَقْنَا اَلسَّماءَ وَ اَلْأَرْضَ وَ ما بَیْنَهُما لاعِبِینَ * لَوْ أَرَدْنا أَنْ نَتَّخِذَ لَهْواً لاَتَّخَذْناهُ مِنْ لَدُنّا إِنْ

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۵/۹. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۵/۱۰. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۶/۱۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۶/۱۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۶/۱۳. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

كُنّا فاعِلِينَ * بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى اَلْباطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذا هُوَ زاهِقٌ وَ لَكُمُ اَلْوَيْلُ مِمّا تَصِفُونَ» (۱)ثم قال: ويل لفلان مما يصف. رجل لم يحضر المجلس» (۲).

۱۳ - عيون الأخبار عن الرضا عن آبائه عن على عليهم السلام قال: « سمعت رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم يقول: أخاف عليكم استخفافاً بالدين، وبيع الحكم، وقطيعه الرحم، وأن تتّخذوا القرآن مزامير، تقدّمون أحدكم وليس بأفضلكم فى الدين» (۳).

۱۴ - محمد بن أبى عباد وكان مستهتراً بالسماع ويشرب النبيذ قال: « سألت الرضا عليه السلام عن السماع، فقال: لأهل الحجاز - العراق خ ل - فيه رأى، وهو فى حيّز الباطل واللهو، أما سمعت اللّه عزّوجلّ يقول: «وَ إِذا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِراماً» (۴)» (۵).

۱۵ - حماد بن عثمان « عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: سألته عن قول الزور. قال: منه قول الرجل للذى يغنى: أحسنت» (۶).

۱۶ - المقنع « قال الصادق عليه السلام: : شر الأصوات الغناء» (۷).

۱۷ - الحسن بن هارون قال: « سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: الغناء

۱- ۱) سوره الأنبياء ۲۱: ۱۸ ۱۶.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۰۷/۱۵. أبواب ما يكتسب به، الباب ۹۹.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۰۷/۱۸. أبواب ما يكتسب به، الباب ۹۹.

۴- ۴) سوره الفرقان ۲۵: ۷۲.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۰۸/۱۹. أبواب ما يكتسب به، الباب ۹۹.

۶- ۶) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۰۹/۲۱. أبواب ما يكتسب به، الباب ۹۹.

۷- ۷) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۰۹/۲۲. أبواب ما يكتسب به، الباب ۹۹، المقنع: ۴۵۶.

یورث النفاق ویعقب الفقر» (۱).

۱۸ – عنبسه « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: إستماع اللهو والغناء ینبت النفاق کما ینبت الماء الزرع» (۲).

۱۹ – أبو أیوب الخزاز: « نزلنا بالمدینه فأتینا أبا عبد اللّه علیه السلام، فقال لنا: أین نزلتم؟ فقلنا: علی فلان صاحب القیان، فقال: کونوا کراماً. فو اللّه ما علمنا ما أراد به وظننا أنه یقول: تفضلوا علیه، فعدنا إلیه فقلنا: لا ندری ما أردت بقولک: کونوا کراماً، فقال: أما سمعتم اللّه عزّوجلّ یقول: «وَ إِذا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا کِراماً» (۳)» (۴).

۲۰ – معانی الأخبار عن أبی الربیع الشامی: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: سئل عن الشطرنج والنرد، فقال: لا تقربوهما؟ قلت: فالغناء؟ قال: لا خیر فیه، لا تقربه» (۵).

فهذه جمله من أخبار المسأله، وهی صریحه الدلاله علی حرمه الغناء، وحرمه استماعه، وغیر ذلک مما یتعلق بالحکم، ککونه معصیه کبیره، وکحرمه أجر المغنی والمغنیه، وثمنهما. . .

وأما موضوعه، فإن المرجع فی تشخیصه هو العرف کسائر المفاهیم والموضوعات فی أدلّه الأحکام الشرعیه، فکل ما کان « غناء» عرفاً فهو محرّم،

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۰۹/۲۳. أبواب ما یکتسب به، الباب ۹۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۶/۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۱.

۳- ۳) سوره الفرقان ۲۵: ۷۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۶/۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۱.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۰/۱۰. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۲.

بغض النظر عن صدق عنوان « اللهو» ونحوه عليه وعدم صدقه، وسواء كان فى كلام حق أو باطل، وسواء اقترن بشىء من المحرمات كاستعمال آلات اللهو والرقص ونحوهما أو لم يقترن، ويتضح ذلك مما سنذكره فى معنى الغناء فى كلمات الفقهاء واللغويين وما يتعلق بكلمات الشيخ الأعظم رحمه اللّه.

فلقد اختلفت عبارات الفقهاء واللغويين فى « الغناء» .

فعن المشهور من الفقهاء وعليه المحقق « مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب» (۱).

وعن (القواعد) : « ترجيع الصوت ومدّه» (۲).

وعن (السرائر) و (الإيضاح) : « الصوت المطرب» (۳).

وفى (الجواهر) عن بعض الأصحاب: « الصوت المشتمل على الترجيع المطرب» (۴).

وأخصّ هذه العبارات عباره المشهور حيث جمعت بين جميع القيود.

وعن (المصباح) : « الغناء الصوت» (۵)وهذا التعريف لا يوضح لنا الموضوع ، نعم يفيد كونه صوتاً لا قولاً.

وعن (الصحاح) : « السماع» قال الشيخ: وهو الأحسن من الكل (۶).

۱- ۱) جواهر الكلام ۲۲: ۴۵.
۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۹۵. وعنه جواهر الكلام ۲۲: ۴۵.
۳- ۳) جواهر الكلام ۲۲: ۴۵.
۴- ۴) جواهر الكلام ۲۲: ۴۵.
۵- ۵) المصباح المنير: ۴۵۵. عنه المكاسب ۱: ۱۰۸، نشر اسماعيليان.
۶- ۶) صحاح اللغه ۶: ۲۴۴۹. عنه المكاسب ۱: ۱۰۸.

وقد ترجمه فی (منتهی الأرب) ب « آواز خوش» (1).

ولم نفهم وجه کونه الأحسن من الکلّ.

وفی (القاموس) : « الغناء ککساء من الصوت ما طرب به» (2)وکذا فی (التاج) .

وعن (النهایه) : « کل من رفع صوتاً ووالاه فصوته عند العرب غناء» (3).

ثم إن الشیخ الأعظم قدّس سرّه لما رأی تطبیق الأئمه علیهم السلام عناوین « لهو الحدیث» و « قول الزور» و « اللهو» علی « الغناء» ، جعل الـدلیل علی حرمه الغناء حرمه هـذه العناوین، فإن کانت الکیفیه ملهیه کانت مصـداقاً لهذه العناوین وحرم ذلک الصوت، سواء کانت المواد ملهیه کذلک أو لا، فجعل رحمه اللّه الأخبار الداله علی حرمه الغناء علی ثلاث طوائف:

منهـا: ما ورد فی تفسیر قوله تعالی «وَ اِجْتَنِبُوا قَوْلَ اَلزُّورِ» (4). ومنهـا: مـا ورد فی تفسـیر قوله تعالی: «وَ مِنَ اَلنّاسِ مَنْ یَشْتَرِی لَهْوَ اَلْحَدِیثِ لِیُضِلَّ عَنْ سَبِیلِ اَللّهِ» (5). ومنها: ما ورد فی تفسیر قوله تعالی «وَ اَلَّذِینَ لا یَشْهَدُونَ اَلزُّورَ» (6).

ثم قال: « وقد یخدش فی الاستدلال بهذه الروایات، بظهور الطائفه الاولی

ص:922

1- 1) منتهی الارب 3: 944.

2- 2) القاموس المحیط 4: 421.

3- 3) النهایه فی غریب الحدیث 3: 391. وعنه المکاسب 1: 108.

4- 4) سوره الحج 22: 30.

5- 5) سوره لقمان 31: 6.

6- 6) سوره الفرقان 25: 72.

بـل الثـانيه فى أن الغنـاء مـن مقـوله الكلاـم، لتفسـير قـول الزور بـه. . . وكـذا لهـو الحـديث بنـاء على أنه من إضـافه الصـفه إلى الموصوف، فيختص الغنـاء المحرم بما كان مشـتملاً على الكلام الباطل، فلا تـدلّ على حرمه نفس الكيفيه ولو لم يكن فى كلام باطل.

ومنه يظهر الخدشه فى الطائفه الثالثه، حيث أن مشاهد الزور التى مدح اللّه تعالى من لا يشـهدها هى مجالس التغنى بالأباطيل من الكلام، فالإنصاف أنها لا تـدل على حرمه نفس الكيفيه، إلا من حيث إشـعار « لهو الحديث» بكون اللهو على إطلاقه مبغوضاً للّه تعـالى، وكـذا « الزور» بمعنى الباطـل، وإن تحققـا فى كيفيه الكلام لا فى نفسه، كما إذا تغنى فى كلام حق من قرآن أو دعاء أو مرثيه.

وبالجمله، فكلّ صوت يعدّ فى نفسه مع قطع النظر عن الكلام المتصوت به لهواً وباطلاً، فهو حرام (۱).

ثم قـال بعـد إيراد أخبار اسـتظهر منها الـدلاله على حرمه الغناء من حيث اللهو والباطل: « فالغناء وهو من مقوله الكيفيه للأصوات كما سيجى، إن كان مساوياً للصوت اللهوى والباطل، كما هو الأقوى وسيجى، فهو، وإن كان أعم، وجب تقييده بما كان من هذا العنوان، كما أنه لو كان أخص وجب التعدّى عنه إلى مطلق الصوت الخارج على وجه اللهو.

وبالجمله، فالمحرّم هو ما كان من لحون أهل الفسوق والمعاصى التى ورد النهى عن قراءه القرآن بها، سواء كان مساوياً للغناء أو أعم أو أخص، مع أن الظاهر أن ليس الغناء إلا هو، وإن اختلفت عبارات الفقهاء واللغويين» (۲).

ص:۹۲۳

۱- ۱) كتاب المكاسب ۱: ۱۰۷.

۲- ۲) كتاب المكاسب ۱: ۱۰۸.

أقول: وهنـاك طـائفه من الأخبار تـدلّ على حرمه الغناء بعنوانه، كقوله عليه السـلام: « شـر الأصوات الغناء» (۱)، ومـا دلّ على ذم التغنى بالقرآن واتخاذه مزامير، وما دلّ على أن « أجر المغنى والمغنيه سـحت» (۲)وغير ذلک، فإن النهى عن التغنى بالقرآن يدلّ على حرمه « الغناء» من حيث نفسه، لوضوح أن التلهى بالقرآن ليس من الامور المتعارفه فى مجالس اللهو والتغنى.

وعلى الجمله، فكلّمـا صـدق عليه « الغنـاء» فهـو حرام، وانطبـاق عنوان آخر عليه من « اللهو» و « الباطـل» و « قول الزور» أمر آخر، وليس مورد السؤال فى الروايـات عن حكم « الغنـاء» خصوص مـا تـداول من الأـصوات فى مجـالس اللهو ومشاهـد الزور، حـتى تكون هـذه الأخبـار ناظره إلى ذلک، بل « الغناء» من العناوين المحرمه مثل « اللّهو» و « اللغو» و « الباطل» و « قول الزور» ونحوها، فما ذهب إليه من دوران الحكم مدار صدق اللهو والباطل مشكل.

وبـذلک يظهر النظر فى مـا ذهب إليه من المسـاواه بين « اللهو» و « الغناء» ، إذ ليس كل صوت تعارف فى مجالس اللهو إخراجه غنـاء، بـل يعتبر فى الغنـاء خصوصـيات، كمـا تقـدّم فى عباره المحقق وجماعه من الفقهاء واللغويين. وفيما ذكره بعـد نقل بعض العبـارات، فى معنى الغنـاء من أن كلّ هـذه المفاهيم مما يعلم عـدم حرمتها وعـدم صـدق الغناء عليها، فكلّها إشاره إلى المفهوم المعين عرفاً» (۳).

وكـذا النظر فيمـا ذكره بقوله: « وكيف كان، فالمحصّل من الأدلّه المتقـدّمه حرمه الصوت المرجّع فيه على سبيل اللهو، فإن اللهو كما يكون بآله من غير صوت

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۰۹/۲۲. أبواب ما يكتسب به، الباب ۹۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۰۷/۱۷. أبواب ما يكتسب به، الباب ۹۹.

۳- ۳) كتاب المكاسب ۱: ۱۰۸.

كضـرب الأوتـار ونحوه، وبـالصوت فى الآلـه كالمزمار والقصب ونحوهما، فقـد يكون بالصوت المجرّد، فكلّ صوت يكون لهواً بكيفيّته ومعـدوداً من ألحـان أهل الفسوق والمعاصـى فهو حرام، وإن فرض أنه ليس بغناء، وكلّ ما لا يعـدّ لهواً فليس بحرام وإن فرض صدق الغناء عليه فرضاً غير محقق، لعدم الدليل على حرمه الغناء إلا من حيث كونه باطلًا ولهواً ولغواً وزوراً» (۱).

لأنـا ذكرنا دلاله بعض أخبار المسأله على حرمه « الغناء» بما هو غناء، لا بما هو لهو أو غير ذلك، وعليه فتوى الأصـحاب، وبعباره أخرى: لقـد قـام النهى عن الغنـاء بخصوصه وإن كـان من أفراد اللهو ونحوه، لشـدّه قبحه أو كثره شـيوعه وإقبـال النـاس عليه. . . فالـدليل على حرمه الغناء موجود لا من حيث كونه باطلًا ولهواً ولغواً وزوراً، حتى لو فرض عـدم صـدق أحـد هـذه العناوين عليه فرضاً غير محقق.

هذا كلّه بالنسبه إلى ما ذهب إليه الشيخ.

فى ما نسب إلى الكاشانى والكفايه

ثم إن الشيخ قدّس سرّه نسب إلى المحدّث الكاشانى قدّس سرّه الخلاف فى أصل الحكم، قال: « إنه خص الحرام منه بما اشتمل على محرم من خـارج مثـل اللعب بآلاـت اللهو، ودخول الرجـال، والكلاـم بالباطـل، وإلاـ فهو فى نفسه غير محرم، والمحكى من كلامه فى الوافى أنه بعـد حكايه الأخبار التى يأتى بعضـها قال: الذى يظهر من مجموع الأخبار الوارده اختصاص حرمه الغناء وما يتعلّق به من الأجر، والتعليم، والاستماع، والبيع، والشراء، كلّها بما كان على النحو المعهود

ص:۹۲۵

۱- ۱) كتاب المكاسب ۱: ۱۱۰.

المتعارف فی زمن الخلفاء، من دخول الرجال علیهنّ وتکلمهنّ بالباطل، ولعبهنّ بالملاهی، من العیدان والقصب وغیرهما، دون ما سوی ذلک من أنواعه، کما یشعر به قوله: لیست بالتی یدخل علیها الرجال (۱)، إلی أن قال:

وعلی هذا، فلا بأس بالتغنی بالأشعار المتضمّنه لذکر الجنه والنار والتشویق إلی دار القرار، ووصف نعم الملک الجبار، وذکر العبادات والرغبات فی الخیرات والزهد فی الفانیات ونحو ذلک، کما أُشیر إلیه فی حدیث الفقیه بقوله: « ذکر تک الجنه» (۲)، وذلک: لأن هذا کلّه ذکر اللّه، وربما تقشعرّ منه جلود الذین یخشون ربهم ثم تلین جلودهم وقلوبهم إلی ذکر اللّه.

وبالجمله، فلا یخفی علی أهل الحجی بعد سماع هذه الأخبار تمییز حق الغناء عن باطله، وأن أکثر ما یتغنی به الصوفیه فی محافلهم من قبیل الباطل (۳).

أقول: ظاهر العباره لا یساعد ما نسب الشیخ إلیه، لأنه یقول: « الذی یظهر من مجموع الأخبار الوارده اختصاص حرمه الغناء وما یتعلّق به. . .» وهذا ظاهر فی القول بحرمه الغناء، إلا أنه یری عدم حرمه ما کان منه فی القرآن والمواعظ ونحوها، فهو غیر منکر لأصل الحکم، بل هو من القائلین بالحرمه فی الجمله.

قال الشیخ: ونسب القول المذکور إلی صاحب (الکفایه) أیضاً. أقول: والموجود فیها بعد ذکر الأخبار المتخالفه جوازاً ومنعاً فی القرآن وغیره إن الجمع بین هذه الأخبار یمکن بوجهین:

أحدهما: تخصیص تلک الأخبار الوارده المانعه بما عدا القرآن، وحمل ما یدلّ

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷: ۱۲۱/۳. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۱۲۲/۲. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۶.

۳- ۳) کتاب المکاسب ۱: ۱۱۱ ۱۱۲. نقلاً عن الوافی ۱۷: ۲۱۸ ۲۲۳.

علی ذم التغنی بالقرآن علی قرائه یکون علی سبیل اللهو، کما یصنعه الفساق فی غنائهم، ویؤیده روایه عبد اللّه بن سنان: أقرأوا القرآن بألحان العرب، وإیّاکم ولحون أهل الفسق والکبائر، وسیجئ من بعدی أقوام یرجّعون القرآن ترجیع الغناء (1).

وثانیهما: أن یقال وحاصل ما قال حمل الأخبار المانعه علی الفرد الشائع فی ذلک الزمان، قال: والشائع فی ذلک الزمان الغناء علی سبیل اللهو من الجواری وغیرهن فی مجالس الفجور والخمور والعمل بالملاهی والتکلّم بالباطل وإسماعهنّ الرجال، فحمل المفرد المعرف یعنی لفظ الغناء علی تلک الأفراد الشائعه فی ذلک الزمان غیر بعید.

ثم قال بعد کلام له: إن فی عدّه من أخبار المنع عن الغناء إشعاراً بکونه لهواً باطلاً، وصدق ذلک فی القرآن والدعوات والأذکار المقروه بالأصواتً الطیبه المذکره المهیجه للأشواق إلی العالم الأعلی، محلّ تأمّل (2).

أقول: حاصل کلامه فی الوجه الأول: تخصیص أخبار المنع بما عدا القرآن. ومن الواضح: أن التخصیص معناه حفظ دلالتها علی المنع فی غیر مورد التخصیص، فهو قائل بالحرمه فی الجمله.

وحاصل کلامه فی الوجه الثانی: الجواب عن أخبار المنع بوجوه:

أحدها: منع صدق « الغناء» فی القرآن ونحوه.

والثانی: إنصراف أخبار المنع عن القرآن ونحوه.

ص:927

1- 1) وسائل الشیعه 6: 120/1. أبواب قراءه القرآن، الباب 24.

2- 2) کفایه الأحکام 1: 428 434. ونقل عنه فی المکاسب 1: 112 113.

والثالث: التخصيص.

وفی (المکاسب) وجه رابع وظاهر عبارته أنه ل (الکفایه) ولکنّه لیس فیها، ولعلّ نسخ الکفایه مختلفه حیث قال: « علی أن التعارض واقع بین أخبار الغناء والأخبار الکثیره المتواتره الدالّه علی فضل قراءه القرآن والأدعیه والأذکار، مع عمومها لغهً وکثرتها، وموافقتها للأصل، والنسبه بین الموضوعین عموم من وجه، فإذاً، لا ریب فی تحریم الغناء علی سبیل اللهو والاقتران بالملاهی ونحوهما، ثم إن ثبت إجماع فی غیره وإلا بقی حکمه علی الإباحه. وطریق الاحتیاط واضح» (۱).

وحاصله: تعارض أدله الموضوعین فی مادّه الاجتماع وتساقطهما، فإن کان إجماع علی حرمه الغناء بالقرآن فهو، وإلا فالأصل الإباحه.

أقول: أما الوجه الأوّل، فواضح البطلان، لعدم الفرق فی الصدق بین القرآن وغیره لغه وعرفاً.

وأما الوجه الثانی، فکذلک، لما ورد فی الأخبار المجوزه نفسها من النهی عن التغنی بالقرآن، فکیف یقال بانصراف أدلّه التحریم عن القرآن؟

وأما الرابع فکذلک، لأنه متی اجتمعت الحرمه مع غیر الوجوب، فلا إشکال فی تقدّم دلیل الحرمه، ولا معنی للتعارض بینهما والتساقط، فلا تصل النوبه إلی الإجماع، علی أنه قائم فی جمیع موارد اجتماع الحرمه مع عدم الوجوب.

وبقی الثالث، وهو یتوقف علی تمامیّه ما دلّ علی الجواز فی القرآن، سنداً ودلاله، وهی أخبار:

ص:۹۲۸

۱- ۱) کتاب المکاسب ۱: ۱۱۳، کفایه الأحکام ۱: ۴۳۴.

الأول: ما عن الحميرى - بسند لم يستبعد فى (الكفايه) إلحاقه بالصحاح (۱)- عن على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: « سألته عن الغناء فى الفطر والأضحى والفرح. قال: لا بأس ما لم يعص به» .

والثانى: فى كتاب على بن جعفر عن أخيه قال: « سألته عن الغناء، هل يصلح فى الفطر والأضحى والفرح؟ قال: لا بأس ما لم يزمر به» (۲).

والاستدلال بهما يتمّ على أن يكون المراد مالم يعص باقتران القراءه بشى من المحرمات الخارجيه ومالم يستعمل فيه المزمار، ولكن الأظهر أن المراد مالم يعص أو لم يزمّر فى نفس هذه القراءه، وعلى الجمله: مالم يكن الصوت مشتملاً على الترجيع والطرب، وإلا فإن تحسين الصوت فى الفرح وأيام السرور كالعيدين مطلوب مرغوب فيه، ويكون التعبير عن ذلك بالغناء على مبنى الشيخ تعبيراً مجازياً (۳).

ص:۹۲۹

---

۱ - ۱) نسبه إليه النراقى فى المستند ۱۸: ۱۳۹ والشيخ فى المكاسب ۱: ۱۱۴. والخبر فى وسائل الشيعه ۱۷:۱۲۲/۵. أبواب ما يكتسب به، الباب ۱۵.

۲ - ۲) وسائل الشيعه ۱۷: ۱۲۲/۵، ذيل الحديث وفيه: ما لم يؤمر به. مسائل على بن جعفر ۱۵۶: ۲۱۹.

۳ - ۳) أقول: ومع التنزل عن ذلك، فلابدّ بعد تسليم السند من الحمل على بعض المحامل، قال فى الوسائل (۱۷/۱۲۲) : « هذا مخصوص بزف العرائس وبالفطر والأضحى إذا اتفق معه العرس، ويمكن حمله على التقيه، ويحتمل غير ذلك» ولا سيما بالنظر إلى النصوص الوارده فى أبواب صلاه العيد، ففى الباب ۳۷: الذى عنوانه: باب استحباب كثره ذكر اللّه والعمل الصالح يوم العيد وعدم جواز الاشتغال باللعب والضحك: « نظر الحسين بن على عليه السلام إلى ناس فى يوم فطر يلعبون ويضحكون، فقال لأصحابه والتفت إليهم: إن اللّه عز وجل جعل شهر رمضان مضماراً لخلقه يستبقون فيه بطاعته إلى رضوانه، فسبق فيه قوم ففازوا وتخلف آخرون فخابوا، فالعجب كل العجب من الضاحك اللاعب فى اليوم الذى يثاب فيه المحسنون ويخيب فيه المقصرون، وأيم اللّه، لو كشف الغطاء لشغل محسن بإحسانه ومسى بإساءته» (وسائل الشيعه ۷: ۴۸۰/۳) . ومن تلك الأبواب: « باب استحباب استشعار الحزن فى العيدين لاغتصاب آل محمد حقهم» (وسائل الشيعه ۷: ۴۷۵ الباب ۳۱) .

والثالث: عن أبی بصیر قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن کسب المغنیات، فقال: « التی یدخل علیها الرجال حرام، والتی تدعی إلی الأعراس لیس به بأس، وهو قول اللّه عزّوجلّ «وَ مِنَ اَلنّاسِ مَنْ یَشْتَرِی لَهْوَ اَلْحَدِیثِ لِیُضِلَّ عَنْ سَبِیلِ اَللّهِ» (۱)» (۲).

والرابع: عن أبی بصیر عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « أجر المغنیه التی تزفّ العرائس لیس به بأس ولیست بالتی یدخل علیها الرجال» (۳).

وأجاب الشیخ بقوله: « وأما روایه أبی بصیر مع ضعفها سنداً بعلی بن أبی حمزه البطائنی فلا یدلّ إلّاعلی کون غناء المغنیه التی یدخل علیها الرجال داخلًا فی لهو الحدیث فی الآیه، وعدم دخول غناء التی تدعی إلی الأعراس فیها، وهذا لا یدلّ علی دخول مالا یکن منهما فی القسم المباح مع کونه من لهو الحدیث قطعاً. . . نعم، الإنصاف أنه لا یخلو من إشعار بکون المحرم هو الذی یدخل فیه الرجال علی المغنیات، لکن المنصف لا- یرفع الید عن الإطلاقات لأجل الإشعار، خصوصاً مع معارضته بما هو کالصریح فی حرمه غناء المغنیه ولو لخصوص مولاها» (۴).

وأجاب فی (الحدائق) عن هذه الأخبار: بأنها مع تسلیم دلالتها لا تقاوم أخبار التحریم، لأنها أکثر عدداً وأقوی سنداً وأوضح دلاله، وأنها موافقه للکتاب ومخالفه للعامه (۵).

۱- ۱) سوره لقمان ۳۱: ۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۱۲۰/۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۵.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷: ۱۲۱/۳. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۵.

۴- ۴) کتاب المکاسب ۱: ۱۱۵.

۵- ۵) الحدائق الناظره فی أحکام العتره الطاهره ۱۸: ۱۱۲. بتفاوت.

وعلى الجمله، فهذا القول ضعيف جدّاً، وقد ظهر أن القائل به – أعنى الكاشانى والسبزوارى – لا يقول بعدم حرمه الغناء مطلقاً كما نسب إليهما.

فى ما قيل من منع صدق الغناء فى المراثى

ثم ذكر الشيخ قدّس سرّه: أنه قد ظهر من بعض من لا خبره له من طلبه زمانه، تقليداً لمن سبقه من أعياننا « منع صدق الغناء فى المراثى» .

وقد أجاد رحمه اللّه فيما أفاد فى الجواب عنه حيث قال: « وهو عجيب، فإنه إن أراد أن الغناء مما يكون لمواد الألفاظ دخل فيه، فهو تكذيب للعرف واللغه، أما اللغه فقد عرفت، وأما العرف، فلأنه لا ريب أن من سمع من بعيد صوتاً مشتملاً على الإطراب المقتضى للرقص أو ضرب آلات اللهو، لا يتأمّل فى إطلاق الغناء عليه إلى أن يعلم مواد الألفاظ، وإن أراد أن الكيفيه التى يقرء بها المرثيه لا يصدق عليها تعريف الغناء، فهو تكذيب للحس» (١).

والحاصل: إن المراثى قد يصدق عليها الغناء كما قد يصدق على قراءه القرآن، ولذا ورد عنه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إقرأوا القرآن بألحان العرب وأصواتها وإياكم ولحون أهل الفسق وأهل الكبائر، فإنه سيجىء بعدى أقوام يرجّعون القرآن ترجيع الغناء والنوح والرهبانيه، لا يجوز تراقيهم، قلوبهم مقلوبه وقلوب من يعجبه شأنهم» (٢).

نعم، قيل باستثناء المراثى حكماً، فقد حكى فى (جامع المقاصد) قولاً – لم

١- ١) كتاب المكاسب ١: ١١٥.

٢- ٢) وسائل الشيعه ۶: ٢١٠/١. أبواب قراءه القرآن، الباب ٢۴.

يسم قائله - باستثناء الغناء فى المراثى، نظير استثنائه فى الأعراس.

وربما وجّهه بعض من متأخرى المتأخرين بعمومات أدلّه الإبكاء والرثاء، وكأنه قد أخذ ذلك مما تقدم من صاحب (الكفايه) رحمه اللّه من الإستدلال بإطلاق أدله قراءه القرآن (١).

لكن فيه: ما تقدّم من أن أدلّه الإستحباب والكراهه والاباحه لا تقاوم أدلّه الحرمه والوجوب، بل يتقدّم دليل الحرمه أو الوجوب بلا- كلام عقلاً- وشرعاً، وقد دلّ الخبر المذكور: « إقرأوا القرآن. . .» على استحباب قراءه القرآن باللحن غير المحرم. وبعباره أخرى: يدلّ على تحسين الصوت بالقرآن ما لم ينته إلى التغنى فيحرم، فالمراثى ونحوها كذلك، فإن قرائتها بالصوت الجيّد المعين على البكاء مندوب ما لم ينته إلى حدّ الغناء.

وما عن المحقق الأردبيلى - بعد توجيه استثناء المراثى وغيرها من الغناء، بأنه ما ثبت الإجماع إلا فى غيرها، والأخبار ليست بصحيحه صريحه فى التحريم - من تأييد هذا الإستثناء بأن البكاء والتفجّع مطلوب مرغوب وفيه ثواب عظيم، والغناء معين على ذلك، وأنه متعارف دائماً فى بلاد المسلمين من زمن المشايخ إلى زماننا هذا من غير نكير، وبأن النياحه جائزه وكذا أخذ الأجر عليها، والظاهر أنها لا تكون إلا مع الغناء، وبأن تحريم الغناء للطرب على الظاهر، وليس فى المراثى طرب بل ليس إلا حزن (٢).

فقد أجاب عنه الشيخ: بأن شيئاً مما ذكره لا ينفع فى جواز الغناء على الوجه

ص:٩٣٢

١- ١) مستند الشيعه ١٨: ٢٠٢، كفايه الاحكام ١: ٤٢٨ و٤٣١.

٢- ٢) مجمع الفائده والبرهان ٨: ٦١ و٦٣.

الـذی ذكرنـا، وأمـا كون الغنـاء معيناً علی التفجع والبكاء، فهو ممنوع، بناءاً علی ما عرفت من كون الغناء هو الصوت اللهوی، بل وعلی ظـاهر تعريف المشـهور من الترجيع المطرب، لأن الطرب الحاصل منه إن كان سـروراً فهو مناف للتفجع لا معين، وإن كان حزنـاً فهو علی مـا هو المركوز فی النفس الحيوانيه من فقـد المشـتهيات النفسـانيه، لا ـ علی مـا أصاب سادات الزمان، مع أنه علی تقـدير الإعانه لا ينفع فی جواز الشـیء كونه مقـدّمه لمسـتحب أو مباح، بل لابدّ من ملاحظه عموم دليل الحرمه له، فإن كان فهو وإلا ـ فيحكم بإبـاحته، للأصـل، وعلی أی حـال، فلا ـ يجوز التمسك للإباحه بكونه مقـدمه لغير حرام لما عرفت. إلی آخر كلامه قدّس سرّه (۱). فتأمل.

فتلخص عدم تماميه هذا الإستثناء.

فی إستثناء الغناء فی الأعراس

وأما اسـتثناء غناء المغنيه فی الأعراس إذا لم يقترن به محرم، فالمشـهور - كما ذكر الشيخ - استثناؤه (۲)، لكن لم يذكر المحقق هذا الإستثناء، وهو المحكی عن المفيد (۳)والقاضی (۴)والحلی (۵)والعلامه (۶)فی (التذكره) وغيرهم (۷).

۱- ۱) كتاب المكاسب ۱: ۱۱۶ ۱۱۸.

۲- ۲) كتاب المكاسب ۱: ۱۱۶.

۳- ۳) المقنعه: ۵۸۸.

۴- ۴) المهذب ۱: ۳۴۶.

۵- ۵) السرائر ۲: ۲۲۴.

۶- ۶) تذكره الفقهاء ۱۲: ۱۴ ۱۴۱.

۷- ۷) جامع المقاصد ۴: ۲۳، الروضه البهيّه ۳: ۲۱۳، مجمع الفائده والبرهان ۸: ۵۹.

وقد استدلّ للاستثناء بالأخبار الوارده عن أبی بصیر فی أجر المغنیه التی تزف العرائس. وأجاب الشیخ عن الأخبار: بأن فی سندها أبا بصیر وهو غیر صحیح (۱)، وتحقق الشهره الجابره مع مخالفه من عرفت غیر ثابت. قال: لکن الإنصاف أن سند الروایات وإن انتهت إلی أبی بصیر لا یخلو عن وثوق، والعمل بها تبعاً للأکثر غیر بعید، وإن کان الأحوط کما فی الدروس (۲)الترک (۳).

وفی (الوسیله) : قد یستثنی غناء المغنیات فی الأعراس، ولیس ببعید وإن کان الأحوط ترکه.

قال السید الاستاذ فی تعلیقته: مشکل، والأحوط ترکه، کما أن الأحوط علی فرض الإرتکاب الإقتصار بالمغنیه المملوکه دون الحرّه والرجل أو الغلام، بشرط أن لا یستعمل معها آلات اللهو، ولا یکون المستمع رجلًا، ولا یدخل

۱- ۱) أقول: « أبو بصیر» کنیه جماعه من الرواه، أشهرهم: یحیی بن القاسم أو أبو القاسم الأسدی، ولیث بن البختری المرادی: فقیل: إن هذه الکنیه متی أطلقت یکون المراد هو الأسدی، فهل هو ثقه أو لا؟ وقیل: بالإشتراک بین الثقه وغیر الثقه، فلابد من الرجوع إلی القرائن لأجل التعیین، ثم أیهما الثقه؟ وقیل: کلاهما ثقه، فلا أثر للاشتراک. هذا بحث طویل، أفرده بعضهم بالتألیف والتحقیق علی ضوء الروایات والأقوال. أما أخبار المقام، فقد نص فی الحدائق والجواهر علی اعتضادها بالشهره، فهی جابره للضعف علی المبنی - إن کان، وفی الحدائق: الأخبار المذکوره ظاهره فی جوازه فی هذه الصوره، فیجب تخصیص الأخبار المطلقه بها، وبه یظهر ضعف قول من ذهب إلی عموم التحریم. نعم، لا ریب فی أن الأحوط ترکه. وأما القیود التی ذکرها السید الاستاذ، فهی مستفاده من نفس تلک الأخبار، ومقتضی القاعده للخروج عن الأخبار الداله بإطلاقها أو عمومها علی حرمه الغناء والمدعی إباؤها عن التقیید والتخصیص، هو الإقتصار علی ذلک.

۲- ۲) کما فی مفتاح الکرامه ۱۲: ۱۷۵.

۳- ۳) کتاب المکاسب ۱: ۱۱۹.

عليهنّ الرجال، ويكون النكاح شرعيّاً دائميّاً، وكان فى حال الزفاف وهو حال دخول المرأه فى بيت زوجها (۱).

فى حكم الرجز

نعم، لا يبعد جواز الهتاف والشعار والرجز ونحو ذلك مما تعارف فى ميادين الحرب منذ صدر الاسلام، لغرض الحماسه والتهييج على القتال، لعدم صدق الغناء عرفاً، فتكون خارجه موضوعاً.

فى حكم الحداء

كما لا يبعد جواز الحداء - كدعاء، وهو صوت يرجّع فيه لسوق الإبل - وفاقاً لجماعه منهم المحقق حيث قال: « ولا بأس بالحداء» (۲). بل هو المشهور بينهم كما عن (الكفايه) (۳)، لعدم صدق الغناء عليه عرفاً كذلك.

وفى (المسالك) : قد روى أنه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم قال لعبد اللّه بن رواحه: « حرّك بالقوم، فاندفع يرتجز، وكان عبد اللّه بن رواحه جيّد الحداء وكان مع الرجال، وكان أنجشه مع النساء، فلما سمعه أنجشه تبعه، فقال النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم لأنجشه: رويدك، رفقاً بالقوارير. يعنى النساء» (۴).

ص:۹۳۵

۱- ۱) وسيله النجاه: ۱/۳۶۶، المسأله ۱۳.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۳- ۳) كفايه الأحكام ۲: ۷۵۰، مستند الشيعه ۱۸: ۲۰۱، وعنه فى المكاسب ۱: ۱۱۸.

۴- ۴) مسالك الأفهام ۱۴: ۱۸۱.

وقد خدش فيه الشيخ سنداً ودلاله [(۱)].

هـذا، ولو شـک فی انـدراج صوت تحت موضوع الغناء، فإن الأصل يقتضـی إباحته، وکـذا لو کانت الشـبهه مفهوميه للشک فی مفهوم الغنـاء، لأـن الاحتيـاط يکون واجبـاً إن کـان المفهوم مجملًا مردداً بين أفراد تکون نسـبته إلی الجميع علی السواء، کما لو فرض ورود النهی عن التکتـف فی الصـلاه، وتردد مفهـوم التکتـف بين وضع اليـدين احـداهما علی الاـخری مطلقـاً أو وضـعهما کـذلک علی الصـدر. أمـا إذا کـان القـدر المتيقن من المفهوم هو خصوص الحـاله الثانيه، فلا يجب الإحتياط بترک الاولی، وما نحن فيه من هـذا القبيل، فإن حکم بعض الأطراف معلوم، إذ قـد عرفت القدر المتيقن فی ماهيّه الغناء، فإذا شک فی حرمه الزائد جرت أصاله البراءه.

حکم الشعر المتضمن للکذب

قال المحقق قـدّس سـرّه: « ويحرم من الشـعر ما تضـمن کذبـاً أو هجاء مؤمن أو تشبيباً بامرأه معروفه غير محلّله له، وما عداه مباح، والإکثار منه مکروه» [(۲)].

أقول: فی العباره أحکام:

الأول: کلّ کلام تضـمّن کذبـاً فهو حرام، وقائله فاسق تردّ شـهادته، لحرمه الکذب بالأدلّه الأربعه، من غير فرق بين الشـعر وغيره، ولعلّ تخصيص الشعر بالذکر من جهه شيوع الأشعار المتضمنه للکذب، وأما الشعر المتضمن لخلاف

---

۱ – ۱) کتـاب المکاسب ۱: ۱۱۸. أقول: وقال المحـدّث البحرانی (الحـدائق الناضـره ۱۸: ۱۱۶) : لـم أقـف فی الأخبـار له – أی لاسـتثناء الحداء – علی دليل، وتوقف فی الجواهر فی اسـتثنائه، لکن السـيد الاستاذ يری کون الحداء قسيماً للغناء بشهاده العرف، فيکون خارجاً موضوعاً، قال فی الجواهر: ولا بأس به.

۲– ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

الواقع من باب المبالغه أو الإغراق، فلا يبعد عدم حرمته، بل فی (المسالک) الحکم بجوازه، قال: « وأما الشعر المشتمل علی المدح والإطراء، فما أمکن حمله علی ضرب من المبالغه فهو جائز، ألا تری أن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم قال لفاطمه بنت قیس: أما معاویه فصعلوک لامال له، وأما أبو جهم فلا یضع عصاه عن عاتقه (۱)ومعلوم أنه کان یضعها کثیراً، وإن لم یمکن حمله علی المبالغه وکان کذباً محضاً فهو کسائر أنواع الکذب. وربما قیل بعدم التحاقه بالکذب مطلقاً، لأن الکاذب یری الکذب صدقاً ویروّجه، ولیس غرض الشاعر أن یصدق فی شعره، وإنما هو صناعه» (۲).

ولو توقف حفظ نفس محترمه أو مال محترم علی الکذب جاز، بل وجب. . .

حکم هجاء المؤمن

الثانی: هجاء المؤمن حرام، فمن فعل فسق وردّت شهادته، ویدلّ علی حرمته الأدلّه الأربعه، لأنه إیذاء، وظلم، وهتک، وهمز، ولمز، وکلّ ذلک حرام، بل کبیره موبقه. . . ومن ذلک یظهر أنه لا دلیل علی حرمه « الهجاء» بعنوانه من الکتاب والسنّه، بل یحرم من جهه انطباق أحد هذه العناوین علیه، نعم، الدلیل القائم علی حرمته بالخصوص هو الإجماع بقسمیه کما فی (الجواهر) (۳).

فهجاء المؤمن، وهو ذمّه وذکر عیوبٍ له شعراً سواء کان فیه أو لا، وسواء کان فی حضوره أو لا، حرام. وبما ذکرنا یظهر الفرق بینه وبین الکذب والغیبه والتشبیب.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۸۲.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۸۲.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۴۹.

ویحرم هجـاء المومن سواء کان عادلاً أو فاسـقاً بل متجاهراً بالفسق وإن جازت غیبته بـذلک، وأما الخبر « محصّوا ذنوبکم بـذکر الفاسقین» (۱)فـالمراد به الخـارجون عن الإیمـان، قال فی (المسالک) : « اللهم إلاّ أن یـدخل هجاء الفاسق فی مراتب النهی عن المنکر بحیث یتوقف ردعه علیه، فیمکن جوازه حینئذ إن فرض» (۲).

واحترز بالمؤمن عن المخالف، فإنه یجوز هجوه، لعـدم احترامه، وکـذا یجوز هجاء الفاسق المبـدع لئلّا یؤخذ ببدعه، لکن بشـرط الاقتصار علی ذکر المعائب الموجوده فیه.

وقد ألحق صاحب (الجواهر) المخالفین بالمشـرکین فی الحکم المذکور، فقال ما ملخصه بلفظه: أما المشرکون، فلا إشکال کما لاـ خلاـف فی جواز هجوهم وسبّهم ولعنهم وشـتمهم مـالم یکن قـذفاً مع عـدم شـرائطه أو فحشـاً. . . فالظـاهر إلحاق المخالفین بالمشـرکین فی ذلـک، لاتّحـاد الکفر الإسـلامی والإیمـانی فیه، بل لعلّ هجاءهم علی رؤس الأشـهاد من أفضل عباده العباد مالم تمنع التقیه، وأولی من ذلـک غیبتهم التی جرت سـیره الشـیعه علیهـا فی جمیع الأعصـار والأمصار، علمائهم وعوامّهم، حتی ملأوا القراطیس منها، بل هی عنـدهم من أفضل الطاعات وأکمل القربات، فلا غرابه فی دعوی تحصـیل الإجماع کما عن بعضـهم، بل یمکن دعوی کون ذلـک من الضـروریات فضـلاً عن القطعیـات. . . کمـا لاـ یخفی علی الخبیر الماهر الواقف علی ما تظافرت به النصوص بل تواترت من لعنهم وسبّهم وشتمهم

ص:۹۳۸

۱- ۱) مفتاح الکرامه ۱۲: ۲۱۱. ولم اعثر علیه فی المصادر الروائیّه.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۳: ۱۲۷.

وكفرهم، وأنهم مجوس هذه الأُمه، وأشر من النصارى، وأنجس من الكلاب (۱). . .

حكم التشبيب

الثالث: التشبيب بالمرأه كما فى (المكاسب) عن (جامع المقاصد) : ذكر محاسنها وإظهار شدّه حبّها بالشعر (۲).

وقد نقل الشيخ الحكم بالحرمه عن المبسوط (۳)وجماعه كالفاضلين (۴)والشهيدين (۵)والمحقق الثانى (۶)، بل فى (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه (۷).

والبحث الآن فى جهتين:

أما الاولى، ففى موضوع الحكم، وقد قيّد المحقق قدّس سرّه بالامرأه المعروفه غير المحلله. وفى (المكاسب) : المرأه المعروفه المؤمنه المحترمه.

وأما الثانيه، ففى دليل الحكم المذكور:

قال الشيخ: واستدلّ عليه بلزوم تفضيحها، وهتك حرمتها، وإيذائها، وإغراء الفساق بها، وإدخال النقص عليها وعلى أهلها، ولذا لا ترضى النفوس الأبيه ذوات الغيره والحميه أن يذكر ذاكر عشق بعض بناتهم وأخواتهم، بل

۱- ۱) جواهر الكلام ۲۲: ۶۱ ۶۲. وقوله: إنهم مجوس. . . الخ تقدم.

۲- ۲) كتاب المكاسب ۱: ۶۴. جامع المقاصد ۴: ۲۸. بتفاوت يسير.

۳- ۳) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۲۲۸.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸، تحرير الأحكام ۲: ۲۶۰، تذكره الفقهاء ۱۲: ۱۴۴، إيضاح الفوائد ۱: ۴۰۵.

۵- ۵) الدروس الشرعيه: ۳/۱۶۳، مسالك الأفهام ۱۴: ۱۸۲.

۶- ۶) جامع المقاصد ۴: ۲۸.

۷- ۷) جواهر الكلام ۴۱: ۴۹.

البعيدات من قراباتهم.

ثم أشكل على هذا الإستدلال بقوله: والإنصاف أن هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحريم، مع كونه أخص من المدّعى، إذ قد لا يتحقق شيء من المذكورات في التشبيب، بل وأعمّ منه من وجه، فإن التشبيب بالزوجه قد يوجب أكثر المذكورات (۱).

أقول: إنه لا ـ دليل على حرمه التشبيب بعنوانه، فينبغى الاقتصار على المورد الذى يتحقق فيه شىء من العناوين المذكوره، والمتيقن من ذلك هو الشعر المتضمّن لمحاسن المرأه الأـجنبيه ونشره أو إنشاده للغير، وهذا هو المتعارف بين أراذل الناس وأفواه السفله.

وحينئذ، فلو فعل ذلك بالنسبه إلى غلام حرم كذلك، وعليه فالتقييد بالمرأه لاوجه له. . .

وكذا يحرم لو كان بالنسبه إلى حليلته، ولكن التقييد بغير المحلله لا حاجه إليه، لأن أحداً من ذوى الغيره لا يتشبب عادةً بزوجته وحليلته عند غيره، بل قد لا يكتب الشعر في ورقه مخافه أن تقع بيد الغير. . .

وعلى هذا، فلو أنشأ شعراً تضمن تشبيباً بامرأه معروفه غير محلله، لكنه أخفاه عن غيره، بل محاه أو مزّق الورقه المكتوب عليها، لم ينطبق شيء من الوجوه المذكوره، ولابدّ من دليل خاص يدلّ على حرمته.

اللهم إلا ـ أن يدّعى انطباق عناوين « اللهو» و « الباطل» و « الفحشاء» و « عدم العفاف» ونحو ذلك مما ذكره الشيخ للاستدلال على الحكم، بعد الإشكال

ص:٩۴٠

۱- ۱) كتاب المكاسب ۱: ۶۴.

فی الاستدلال بما ذکروه.

لکن الإنصاف أن هذه الوجوه أیضاً لا تنهض لإثبات التحریم، لما ذکرناه.

فظهر أنه إن أذاع الشعر ونشره ثبتت الحرمه، سواء کان بامرأه أجنبیه أو حلیله، أو بغلام، لانطباق الوجوه التی ذکرها القوم، وإلا فلا حرمه، لا من جهه تلک الوجوه، ولا من جهه ما ذکره الشیخ.

اللهم إلا صدق عنوان « اللهو» و « الباطل» ونحوهما، بناء علی شمولها لذلک.

لکن فیه: إنه إن تم ذلک لزم الحکم بحرمه نظم الشعر فی وصف شجره مثلًا، لأنه « عبث» و « لغو» ، وهو فی غایه البعد.

ومن هنا یقال بعدم حرمه التشبیب بالمخطوبه قبل العقد، بل مطلق من یراد تزویجها، لعدم جریان أکثر ما ذکر فیها، إن لم یطلع غیره علی الشعر، بل لا یکون هذا عاده، فیجوز له التشبیب بها کما یجوز له النظر إلیها.

وأما التقیید بالمعروفه، فلأنّ التشبیب بالمرأه المبهمه بأن یتخیّل امرأه ویتشبب بها، مباح عند الکل، کما فی (المکاسب) (۱).

وأما التقیید بالمؤمنه، فقد نقله الشیخ عن العلامه فی (القواعد) و (التذکره) وعن غیره، لعدم احترام غیر المؤمنه (۲).

۱- ۱) کتاب المکاسب ۱: ۶۵.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۲: ۸، تذکره الفقهاء ۱۲: ۱۴۴، کتاب المکاسب ۱: ۶۵، إیضاح الفوائد ۴: ۴۰۵.

حکم الشعر إنشاءً وإنشاداً

الرابع: إن ما عدا ذلک من الشـعر مباح إنشاؤه وإنشاده، وقد کان للنبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم شعراء یصغی إلیهم، کما اشتهر عنه قوله: « إن من البیان لسحراً وإن من الشعر لحکمه» (۱).

حکم الإکثار من الشعر

الخـامس: إن الإکثـار من الشـعر، أی من حیث نفسه، مع قطع النظر عن جهه أخری ترجحه، مکروه، للنهی، خصوصـاً لیله الجمعه ویومها، وللصائم، بل عن (الخلاف) کراهه انشاده مطلقاً، مستدلّاً علیه بالإجماع وغیره (۲).

۱- ۱) من لا یحضره الفقیه ۴: ۳۷۹/۵۸۰۵، وسائل الشیعه ۷: ۴۰۳/۴. أبواب صلاه الجمعه، الباب ۵۱.

۲- ۲) کتاب الخلاف ۶: ۳۰۸ المسأله ۵۶.

المسأله السادسه: (فی حرمه استعمال آلات اللهو)

قال المحقق قدّس سرّه: « العود والصنج وغیر ذلک من آلات اللهو حرام یفسق فاعله ومستمعه، ویکره الدف فی الأملاک والختان خاصه» (۱).

أقول: أما حرمه العود والصنج وغیر ذلک من آلات اللهو، فلا خلاف فیها، بل الإجماع بقسمیه علیها کما فی (الجواهر) (۲).

ویدلّ علی الحرمه قبل ذلک طائفه کبیره من الأخبار الناهیه (۳)عن فعل ذلک بجمیع أشکاله بالألسنه المختلفه:

۱ - إسحاق بن جریر: « سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: إن شیطاناً یقال له القفندر، إذا ضرب فی منزل الرجل أربعین صباحاً بالبربط ودخل الرجال، وضع ذلک الشیطان کلّ عضو منه علی مثله من صاحب البیت ثم نفخ فیه نفخه، فلا یغار بعدها، حتی تؤتی نساؤه فلا یغار» (۴).

ص:۹۴۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۵۱.

۳- ۳) انظر الباب ۱۰۰ من أبواب ما یکتسب به من وسائل الشیعه ۱۷/۲۱۳. لکن بعض هذه الأخبار غیر صریح فی التحریم، وذلک غیر ضائر کضعف بعضها سنداً، لتعاضد بعضها ببعض، مع وجود ما هو صریح، بالإضافه إلی الإجماعات المحکیه.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۲/۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۰.

دلّ على حرمه الضرب ب « البربط» (۱). . . فإذا فعل ذلك أربعين صباحاً ترتب الأثر الوضعی المذكور نتيجه استحواذ الشيطان المسمى ب « القفندر» على جميع أعضاء الرجل، كما ذكر فی الخبر.

وجاء فی خبر آخر ترتب أثر آخر على ذلك وهو: « نزع الحياء من الرجل، فلم يبال ما قال ولا ما قيل فيه» وهذا نصه:

٢ - أبو داود المسترق قال: « من ضرب فی بيته بربط أربعين يوماً سلّط اللّه عليهم شيطاناً يقال له: القفندر، فلا يبقى عضو من أعضائه إلا قعد عليه، فإذا كان كذلك نزع منه الحياء ولم يبال ما قال ولا ما قيل فيه» (۲).

٣ - كليب الصيداوی: « سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: ضرب العيدان ينبت النفاق فی القلب كما ينبت الماء الخضره» (۳).

وهذا أثر آخر من آثار هذه المعصيه.

۴ - موسى بن حبيب: « عن على بن الحسين غ قال: لا يقدّس اللّه اُمه فيها بربط يقعقع ونايه تفجع» (۴).

فيمكن أن يكون المراد اتخاذ الاُمه ذلك بمعنى شيوعه فيهم وكونه شعاراً لهم، وأن يكون المراد وجود البربط فيها ولو فی بعض الدور أو بين طائفه من الاُمّه.

۵ - سماعه: « قال أبو عبد اللّه عليه السلام: لما مات آدم شمت به إبليس وقابيل فاجتمعا فی الأرض، فجعل إبليس وقابيل المعازف والملاهی شماته بآدم

١- ١) البربط كجعفر: من ملاهی العجم والعرب تسميه المزهر والعود. كذا فی المصباح المنير.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٧: ٣١٣/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٧: ٣١٣/٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

۴- ۴) وسائل الشيعه ١٧: ٣١٣/۴. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

عليه السلام، فكلّ ما كان فی الأرض من هذا الضرب الذی يتلذذ به الناس، فإنما هو من ذلك» (۱).

أی: إن جعل المعازف واللعب بالملاهی شماته بآدم عليه السلام حسب السنه السيئه التی جعلها إبليس وقابيل.

۶ – السكونی عن أبی عبد اللّه عليه السلام « قال رسول اللّه صلّی اللّه عليه وآله وسلّم: أنهاكم عن الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات» (۲)(۳).

۷ – عمران الزعفرانی: « عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: من أنعم اللّه عليه بنعمه فجاء عند تلك النعمه بمزمار فقد كفرها (۴). الحديث» .

۸ – حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه: « عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام فی وصيه النبی لعلی قال: يا علی، ثلاثه يقسين القلب: استماع اللهو، وطلب الصيد، وإتيان باب السلطان» (۵).

۹ – أحمد بن عامر الطائی عن الرضا عليه السلام فی حديث الشامی: إنه

۱– ۱) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۱۴/۵. أبواب ما يكتسب به، الباب ۱۰۰.

۲– ۲) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۱۴/۶. أبواب ما يكتسب به، الباب ۱۰۰.

۳– ۳) الزفن: الرقص وأصله: اللعب والدفع. والمزمار من آلات اللهو معروف. والكوبات: جمع الكوبه وهو الطبل كما فی خبر نوف عن أمير المؤمنين عليه السلام. الوسائل ۱۷/۳۱۵ وفی المصباح: الطبل الصغير المخصر. وعن بعض اللغويين: النرد فی كلام أهل اليمن. وفی النهايه: النرد، وقيل: الطبل: وقيل: البربط. وفی المصباح: الكبر بفتحتين: الطبل له وجه واحد. وفی النهايه: الطبل ذو الرأسين وقيل: الطبل الذی له وجه واحد. ولم أجد « الكبرات» جمعاً له.

۴– ۴) وسائل الشيعه ۱۷: ۱۲۷/۵. أبواب ما يكتسب به، الباب ۱۷.

۵– ۵) وسائل الشيعه ۱۷: ۳۱۴/۸. أبواب ما يكتسب به، الباب ۱۰۰.

« سأل أمير المؤمنين عليه السلام عن معنى هدير الحمام الراعيه - عبّيه - (۱)قال: تدعو على أهل المعازف والمزامير والعيدان» (۲).

۱۰ - الطوسی فی مجالسه « عن علی بن موسی عن آبائه عن علی علیهم السلام قال: کلّ ما ألهی عن ذکر اللّه فهو من المیسر» (۳). یعنی: الذی جاء فی الآیه الکریمه: «إِنَّمَا اَلْخَمْرُ وَ اَلْمَیْسِرُ وَ اَلْأَنْصٰابُ وَ اَلْأَزْلاٰمُ رِجْسٌ» (۴).

۱۱ - الصدوق فی خصاله: عن السیاری رفعه « عن أبی عبد اللّه علیه السلام، إنه سئل عن السفله فقال: من یشرب الخمر ویضرب بالطنبور» (۵).

۱۲ - ورّام فی کتابه: « قال علیه السلام: لا تدخل الملائکه بیتاً فیه خمر أو دف أو طنبور أو نرد، ولا یستجاب دعاؤهم وترفع عنهم البرکه» (۶).

فروع فی استعمال آلات اللهو

وهل یشمل معقد الإجماع وقول المحقق « وغیر ذلک» الصنج المستعمل فی هذه الأزمنه فی المناسبات المختلفه؟ .

فی (المستند) : یحکم فیه وفی کلّ ما یشک فی دخوله فی معقد الإجماع بمقتضی

ص:۹۴۶

---

۱ - ۱) کذا فی الوسائل، والظاهر أن الصحیح « الراعبیه» وهی التی یستحب اتخاذها فی البیوت، ففی خبرالسکونی: « اتخذوا الحمام الراعبیه فی بیوتکم فإنها تلعن قتله الحسین بن علی صلوات اللّه علیهما» . وهدیرها. سجعها. یقال: هدر الحمام یهدر أی سجع.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۴/۱۰. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۴/۱۵. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۰.

۴- ۴) سوره المائده ۵: ۹۰.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۴/۱۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۰.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۵/۱۳. أبواب ما یکتسب به، الباب ۱۰۰.

الأصـل. قـال: وأمـا مـا روى من قولهم: : إيّـاك والصوانـج فإن الشـيطان يركض معك والملائكه تنفر عنك، فلا يصـلح لإثبات الحرمه، لاختلاف النسخه، فإن فى الأكثر: الصوالج. فتأمل (۱).

أقول: هل اختلاف النسـخه فى المقام ونحوه، يوجب رفع اليد عن الخبر والأخذ بمقتضى أصاله البراءه، أو أن مقتضى القاعده فيه هو الإحتيـاط؟ الظـاهر الثـانى، للعلم الإجمـالى بكون الصادر أحـد اللفظين، فالمنهى عنه فى الخبر إما هـذا وإما ذاك، ومقتضـى القاعـده ترك اسـتعمال كلاـ الأـمرين ليحصل اليقين بالإمتثال، لا الرجوع إلى أصاله البراءه، ولعل هـذا وجه التأمل الـذى أمر به. والصوالج جمع الصولجان (۲).

نعم، إذا كان المراد من الصـنج المحرم هو الـدف المشـتمل على جلاجل كما فى (المسالك) (۳)وعن بعض اللغويين، اختصت الحرمه بما كان بهذه الكيفيه، وليس منها ما تعارف اسـتعماله فى عزاء الإمام الحسين عليه السلام، لكن كلمات الفقهاء واللغويين مختلفه.

هـذا، والمتيقن من الـدخول تحت عنوان « الملاهى» و « المعازف» هو كلّ آله اتخـذت للهو واُعـدّت له عند أهل العرف، فيحرم استعمالاتها المناسبه لها بقصد التلهى والإلهاء.

ولو استعملت الآله الاستعمال الخاص بها لا بقصد الإلهاء، بل لغرض

۱- ۱) مستند الشيعه ۱۸: ۱۶۶.
۲- ۲) أقول: جـاء الصوالـج جمعـاً للصولجـان كمـا فى التـاج، ولم أجـد فى كتب اللغه الصوانـج جمعاً للصـنج، فكون اللفظ هو الصوالج كما فى أكثر النسخ هو الظاهر، فيكون الخبر فى مورد الصولجان فقط.
۳- ۳) مسالك الأفهام ۱۴: ۱۸۳.

عقلائی مقصود، کإیقاظ النائم أو إعلام الغافل مثلًا، فالظاهر الحرمه أیضاً، لصدق استعمال آله اللهو الإستعمال المحرم، وعدم مدخلیه للقصد المذکور.

ولو استعملها بغیر النحو الخاص المجعوله له، کجعل الدف ظرفاً لبعض الأشیاء، والمزمار عصاءاً، ونحو ذلک، فقد اختار فی (المستند) الحرمه قال: بل کأنه لا خلاف فیه (۱).

أقول: إن کان دلیل الحرمه هو وجوب کسر آلات اللهو وإعدامها کما فی خبر أبی الربیع الشامی: « إن اللّه بعثنی رحمه للعالمین ولأمحق المعازف والمزامیر» (۲). فإن ذلک لا یقتضی حرمه الاستعمال المذکور، فلو عصی الأمر بالکسر واتخذ المزمار عصاءاً لم یرتکب فعلین محرمین، بل المعصیه واحده وهی ترک الکسر والإعدام.

وإن کان الدلیل خبر (تحف العقول) عن الصادق علیه السلام: « کلّ أمر یکون فیه الفساد مما هو منهی عنه من جهه أکله وشربه أو کسبه أو نکاحه أو ملکه أو إمساکه أو هبته أو عاریته، أو شیء یکون فیه وجه من وجوه الفساد: نظیر البیع بالربا أو البیع للمیته أو الدم أو لحم الخنزیر أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش والطیر أو جلودها أو الخمر أو شیء من وجوه النجس، فهذا کلّه حرام ومحرم، لأن ذلک کلّه منهی عن أکله وشربه ولبسه وملکه وإمساکه والتقلّب فیه، فجمیع تقلّبه فی ذلک حرام» (۳)الحدیث. ونحوه. فإن الظاهر انصراف هذه الأخبار وکلمات الأصحاب عن مثل هذا الاستعمال.

۱- ۱) مستند الشیعه ۱۸: ۱۶۶ ۱۶۷.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۵: ۳۰۷/۱. أبواب الأشربه المحرمه، الباب ۱۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۷: ۸۴/۱. أبواب ما یکتسب به، الباب ۲.

ولو تحقق اللهو بغير آلات اللهو كالطشت ونحوه يضرب به كما يضرب بالدف، ففي (المستند) : الظاهر عدم الحرمه للأصل، واختصاص ثبوت الحرمه باستعمال آلات اللهو. قال: نعم، لو ثبتت حرمه مطلق اللهو لأمكن القول بالحرمه لذلك، ولكنها غير ثابته (۱).

أقول: لا حاجه إلى ثبوت حرمه مطلق اللهو للقول بالحرمه هنا، للقطع بأن العلّه في تحريم استعمال آلات اللهو هو مبغوضيّه اللهو الحاصل منها، فلو حصل ذلك اللهو باستعمال غيرها من الأشياء لقلنا بحرمه ذاك الاستعمال أيضاً وإن لم يصدق عليه استعمال آله اللهو، إذ لا خصوصيه للعود والمزمار ونحوهما، فظهر أن نفس التحريم لاستعمال آلات اللهو كاف لتحريم التلهي بغيرها، سواء كان دليل آخر أو لا، وسواء كان مطلق اللهو حراماً أو لا. هذا كلّه بالنسبه إلى نفس الإستعمال.

حكم استماع أصوات آلات اللهو

وصريح المحقق وجماعه حرمه استماع أصوات آلات اللهو. قال في (المستند) : وكأنه لصدق الاشتغال المصرح به في روايه الفضل (۲)(۳).

أقول: قد يناقش في صدق « الاشتغال» على « الاستماع» ، لكن لا حاجه إلى التمسك بروايه الفضل، بل إن نفس أدلّه حرمه الاستعمال كافيه في الدلاله على

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۷: ۸۴/۱. أبواب ما يكتسب به، الباب ۲.

۲- ۲) مستند الشيعه ۱۸: ۱۷۲.

۳- ۳) يعني خبر الصدوق في عيون الأخبار بأسانيده إلى الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون، الذي ذكر فيه الكبائر، و عدّ منها: « الاشتغال بالملاهي» . الوسائل ۱۵/۳۳۰.

حرمه الاستماع، لما تقدم من أن الإشتغال بها إنما حرم لأجل التلهی بالصوت والإلتذاذ المحرم الحاصل من ذلک، ولا ریب فی حصول ذلک لمستمعه، بل قد یحصل له مالا یحصل لفاعله.

هذا مضافاً إلی قوله تعالی: «إِنَّ اَلسَّمْعَ وَ اَلْبَصَرَ وَ اَلْفُؤٰادَ کُلُّ أُولٰئِکَ کٰانَ عَنْهُ مَسْؤُلاً» (۱)حیث استشهد به الإمام علیه السلام لحرمه استماع الغناء (۲)، وإلی الأخبار الوارده فی تحریم خصوص الإستماع.

وهل یحرم السماع کذلک؟ وتظهر الثمره فیما إذا مرّ علی طریق یکون فیه السماع مع إمکان العبور من غیره، فهل یجوز له العبور منه؟ قال فی (المستند) : لا یحرم، للأصل وعدم صدق الاشتغال، وإن وجب المنع نهیاً عن المنکر (۳).

أقول: الفرق بین السماع والاستماع واضح، ولکن صدق الاستماع لمن اختار الطریق الموجب للسماع علی الطریق الاخر غیر الموجب له مع إمکان العبور منه، غیر بعید، فعلیه اختیار الطریق الثانی، وکذا لو حضر مجلساً لصدیق له مثلاً لا للاستماع فترک الخروج عن المجلس، لم یبعد صدق الاستماع بالنسبه إلیه وإن لم یکن

ص:۹۵۰

۱- ۱) سوره الاسراء ۱۷: ۳۶.

۲- ۲) یعنی خبر مسعده بن زیاد قال: « کنت عند أبی عبد اللّه علیه السلام فقال له رجل: بأبی أنت وأمی، إنی أدخل کنیفاً ولی جیران وعندهم جوار یتغنین ویضربن بالعود، فربما أطلت الجلوس استماعاً منی لهن. فقال علیه السلام: لا تفعل. فقال الرجل: واللّه ما آتیهن، إنما هو سماع أسمعه بأُذنی. فقال علیه السلام: للّه أنت أما سمعت اللّه یقول «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ کُلُّ أُولئِکَ کَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً» . فقال: بلی واللّه لکأنّی لم أسمع بهذه الآیه من کتاب اللّه من عربی ولا عجمی، لا جرم إنی لا أعود إن شاء اللّه، وإنی استغفر اللّه. فقال له: قم فاغتسل وصل ما بدا لک، فإنک کنت مقیماً علی أمر عظیم، ما کان أسوء حالک لو مت علی ذلک. . .» وسائل الشیعه ۳/۳۳۱.

۳- ۳) مستند الشیعه ۱۸: ۱۷۲.

بقاؤه فی المجلس لأجل الاستماع، کما أن الأحوط لمن سمع صوتاً من بعید وهو فی داره ولم یمکنه النهی أن یسدّ السمع بشیء.

وعلی الجمله، فإن الإحتیاط فی جمیع هذه الموارد ونحوها لازم، لاحتمال صدق الاستماع المحرم علی ذلک.

وأما حضور مجلس الإشتغال بالملاهی مع العلم بعدم إمکان المنع وعدم إمکان الخروج، فلا ریب ولا کلام فی حرمته، کحرمه حضور مجلس القمار والخمر حتی مع عدم الإشتغال بالملاهی وعدم الإستماع والسماع، بل یحرم حتی علی الأصم.

ومن أحکام المسأله: وجوب کسر آلات اللهو أو إتلافها علی کلّ متمکن، من باب النهی عن المنکر الذی هو إمساکه واقتناؤه، ولا یضمن به لصاحبه، نعم، یجب علیه فی صوره الکسر ردّ المکسور إلی المالک، لأن الواجب إعدام الهیئه فقط.

هل الإشتغال بالملاهی کبیره؟

ثم إن ظاهر المحقق وغیره ممن أطلق تحقق الفسق بالإشتغال بالملاهی، کون ذلک من المعاصی الکبیره، وهو صریح خبر (عیون الاخبار) (۱)وخالف فی ذلک الشهید الثانی فی (المسالک) (۲)وتبعه بعضهم، ولعله لعدم اعتبار الخبر المزبور، أو للقول بأن الکبیره ما أوعد اللّه علیها النار فی القرآن المجید کما تقدم عن (الکفایه) .

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۲۹/۳۳. أبواب جهاد النفس، الباب ۴۶.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۷۷.

حكم الدف فى الإملاک والختان

وقد استثنى المحقق من الحرمه هنا وفى (النافع) استعمال الدف فى الإملاک والختان خاصه، فقال بالكراهه (١)، وتبعه العلامه فى (التحرير) فقال: أما الدف فيكره فى الاملاک والختان خاصه ويحرم فى غيرهما (٢)، وهو المحكى فى (الجواهر) عن (الخلاف) و (المبسوط) (٣). وذهب جماعه إلى المنع مطلقاً، قال فى (الكفايه) : ومنع منه ابن ادريس مطلقاً، ورجحه العلامه فى (التذكره) محتجاً بأن اللّه عزّوجلّ حرم اللهو واللعب وهذا منه، وهو غير بعيد (۴).

أقول: لا كلام فى حرمه اللهو واللعب، فإن تم ما استدلّ به للجواز كان دليلًا على التقييد والتخصيص. . . وقد استدل للاستثناء فى الإملاک - وهو النكاح والتزويج - بخبرين نبويين:

أحدهما: « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الغربال (۵)، يعنى الدف» .

والآخر: « فصل ما بين الحرام والحلال بالضرب بالدف عند النكاح» (۶).

لكنهما غير تامين سنداً، وتحقق الشهره الجابره - على المبنى - غير معلوم.

ص:٩۵٢

١- ١) المختصر النافع: ٢٧٩.

٢- ٢) تحرير الأحكام ۵: ٢۵١.

٣- ٣) جواهر الكلام ۴١: ۵١، كتاب الخلاف ۶: ٣٠٧ المسأله ۵۵، المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٢۴.

۴- ۴) كفايه الاحكام ٢: ٧۵١، السرائر ٢: ٢١۵، تذكره الفقهاء ٢: ۵٨١. (حجرى) .

۵- ۵) سنن ابن ماجه ١: ۶١١/١٨٩۵، وفيه: « بالغربال» ، السنن الكبرى ٧: ٢٩٠، وفيه: « أظهروا النكاح. . . بالغربال» ، المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٢۴.

۶- ۶) مسند أحمد ٣: ۴١٨.

وأما الختان، فلم يذكروا لاستثنائه دليلًا إلا ما فى (المستند) قال: والمرسل المروى فى (التذكره) حيث قال: وروى جواز ذلك فى الختان والعرس (۱).

وكيف كان، فإن القول بالإستثناء مشكل جدّاً.

ص:۹۵۳

۱- ۱) مستند الشيعه ۱۸: ۱۷۴، تذكره الفقهاء ۲: ۵۸۱. (حجرى) .

المسأله السابعه: (فی الحسد وبغضه المؤمن وأن التظاهر بذلک قادح)

قال المحقق قدّس سرّه: « الحسد معصیه وکذا بغضه المؤمن، والتظاهر بذلک قادح فی العداله» (۱).

أقول: هنا بحثان:

البحث الأول: فی الحسد

الحسد کما فی (الجواهر) : تمنّی زوال النعمه عن الغیر أو هزوله (۲)، والصحیح ما فی (کشف اللثام) : أو ملزومه، قال المحقق: « معصیه» وفی (القواعد) : « الحسد حرام» (۳).

وظاهر المحقق أنه معصیه صغیره مالم یتظاهر به، فإن تظاهر کان معصیه کبیره تقدح فی العداله وتسقط بها الشهاده.

لکن صریح (المسالک) أنه معصیه کبیره، تظاهر بها أو لا، فإن تظاهر لم تقبل شهادته، قال رحمه اللّه: لا خلاف فی تحریم هذین الأمرین، والتهدید علیهما

ص:۹۵۴

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۵۲.

۳- ۳) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۵.

فی الأخبار مستفیض، وهما من الکبائر، فیقدحان فی العداله مطلقاً، وإنما جعل التظاهر بهما قادحاً لأنهما من الأعمال القلبیه، فلا یتحقق تأثیرهما فی الشهاده إلاّ مع إظهارهما، وإن کانا محرمین بدون الإظهار (۱).

وفی (شرح الإرشاد) بعد أن ذکر أخبار المسأله: ثم إن ظاهر هذه الأخبار أن الحسد کبیره، بل کاد أن یکون کفراً، فإن أُولت بحیث لم تکن کبیره، فیکون إخلاله بالشهاده باعتبار الإصرار والمداومه کغیره مما تقدّم وتأخّر، والظاهر أن الحسد مطلقاً ذنب، سواء أظهر أم لم یظهر، ولکن إخلاله بالشهاده إنما یکون إذا کان ظاهراً حتی یعلم، مثل سائر الذنوب (۲).

فهذان قولان، وظاهر (الجواهر) قول ثالث، فإنه بعد أن صرّح بعدم الخلاف فی الحرمه کالمسالک قال بعد ذکر خبر حمزه بن حمران الآتی: « فیمکن أن یقال: إن التظاهر بهما محرم» (۳). وصریح (المسالک) کون الحسد من الأعمال القلبیه، وعلیه، یمکن أن یکون محکوماً بحکم من الأحکام.

لکن ظاهر أخبار المسأله أنه من صفات القلب، فکیف یحکم علیه بشیء من الأحکام؟ وبعباره أخری: إن موضوعات الأحکام هی أفعال العباد لا أوصافهم، نعم إذا کان وصف من الأوصاف باختیار العبد وجوداً أو عدماً أمکن أن یقال للعبد: إن أوجدت الصفه الکذائیه فی نفسک أو أعدمتها فالحکم کذا، لکن الحسد لیس من هذا القبیل، فإنه کالخوف والبخل مثلاً خارج عن الإختیار، فقولهم: « معصیه» أو « حرام» مشکل، نعم، لا مانع من أن یقال بوجوب تغییر

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۸۴.
۲- ۲) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۳۴۴.
۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۵۳.

الصفه السيئه مع الإمكان.

أما إظهار الحسد وعدم إظهاره فذلك تحت اختيار المكلف، فيحرم عليه الإظهار، ويجب عليه المنع من ظهوره، وعلى هذا تحمل الاخبار الدالّه على حرمه الحسد، فإن تظاهر سقط عن العداله، وسقطت شهادته عن القبول.

كما يجب حمل ما دلّ منها على عدم خلو الأنبياء والأولياء عن الحسد على الغبطه أو على الصفه غير الاختياريه، غير أن النبى والولى لا يتظاهر به بالنسبه إلى غيره، حتى وإنْ كان الغير كافراً، أو يحمل على غير ذلك مما لا ينافى العصمه.

والحق أنه إن التفت الحاسد إلى لوازم الحسد كالسخط على اللّه تعالى فهو معصيه فوق الكبيره، سواء تظاهر بها أو لم يتظاهر، فإن لم يتظاهر كان كالمنافق، وإن تظاهر بها مع ذلك فذاك معصيه أخرى، ويترتب على التظاهر عدم قبول الشهاده وإن لم يلتفت إلى شيء من ذلك.

هذا كلّه بالنسبه إلى الحسد، وهذه نصوص بعض الأخبار فى ذمّه:

۱ - محمد بن مسلم: « قال أبو جعفر عليه السلام: إن الرجل ليأتى بأدنى بادره فيكفر، وإن الحسد ليأكل الإيمان كما تأكل النار الحطب» (۱).

۲ - داود الرقى: « سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: إتقو اللّه ولا يحسد بعضكم بعضاً» (۲). الحديث.

۳ - السكونى: « عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: كاد الفقر أن يكون كفراً، وكاد الحسد أن يغلب القدر» (۳).

ص:۹۵۶

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۶۵/۱. أبواب جهاد النفس، الباب ۵۵.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۶۵/۳. أبواب جهاد النفس، الباب ۵۵.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۵: ۳۶۵/۴. أبواب جهاد النفس، الباب ۵۵.

۴ – معاویه بن وهب: « قال أبو عبد اللّه علیه السلام: آفه الدین الحسد والعجب والفخر» (۱).

۵ – داود الرقی: « عن أبی عبد اللّه علیه السـلام قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: قال اللّه عزّوجلّ لموسی بن عمران: یـا ابن عمران، لا تحسـدنّ الناس علی ما آتیتهم من فضـلی، ولا تمـدنّ عینیک إلی ذلک، ولا تتبعه نفسک، فإن الحاسـد ساخط لنعمتی، صاد لقسمی الذی قسمت بین عبادی، ومن یک کذلک فلست منه ولیس منی» (۲).

۶ – الفضیل بن عیاض: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: إن المؤمن یغبط ولا یحسد، والمنافق یحسد ولا یغبط» (۳).

۷ – أبو بصیر: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: اصول الکفر ثلاثه: الحرص والإستکبار والحسد» (۴)الحدیث.

۸ – حمزه بـن حمران: « عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام قـال: ثلاثه لم ینـج منهـا نـبی فمن دونه: التفکر فی الوسـوسه فی الخلـق، والطیره، والحسد، إلا أن المؤمن لا یستعمل حسده» (۵).

ذکر هذه الأخبار وغیرها فی (وسائل الشیعه) . وسیأتی ما یدلّ علی ذلک فی حرمه بغضه المؤمن.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۶۶/۵. أبواب جهاد النفس، الباب ۵۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۶۶/۶. أبواب جهاد النفس، الباب ۵۵.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۶۶/۷. أبواب جهاد النفس، الباب ۵۵.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۶۷/۱۰. أبواب جهاد النفس، الباب ۵۵.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۶۶/۸. أبواب جهاد النفس، الباب ۵۵.

البحث الثانى: فى بغضه المؤمن

وأما بغضه المؤمن، فالكلام فيها كالكلام فى الحسد، وعندنا أنها صفه من الصفات القلبيه، قد تكون اختياريه وقد تكون غير اختياريه، ومن قال بحرمتهامن دون تظاهر فقد جعلها من الأفعال القلبيه أو أراد الاختياريه منها كما هو الأظهر.

إلاـ أنه لا ريب فى قدح التظاهر بها فى العداله، وسقوط الشهاده به، وفى (المبسوط) : إنه إن ظهر منه سب وفحش فهو فاسق، وإلا ردّت شهادته للعداوه (۱).

واستدل للحرمه فى (كشف اللثام) و (الجواهر) بما ورد من الأمر بالتحابّ والتعاطف، والنهى عن التعادى والتهاجر (۲)، وفى (شرح الإرشاد) إنه لم يرد نهى صريح عن البغضه (۳).

والصحيح ورود النهى الصريح عنها، على أنه إذا كان التحريم من جهه الأمر بالتحاب والتعاطف، لزم القول بوجوب ذلك حتى يحرم التباغض لكونه تركاً للواجب، مع أن أحداً لا يفتى بحرمه الترك المذكور، وليس التحاب والتباغض ضدين لا ثالث لهما.

ونحن نذكر هنا بعض النصوص من كلتا الطائفتين:

۱- ۱) المبسوط فى فقه الإماميه: ۸/۲۲۷، وعنه كشف اللثام ۱۰: ۲۹۹، وجواهر الكلام ۴۱: ۵۳.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۲۹۸، جواهر الكلام ۴۱: ۵۲.

۳- ۳) مجمع الفائده والبرهان ۱۲ : ۳۴۶. وفيه: وأما الأخبار الداله على تحريم بغض المؤمن التى ادعى استفاضتها، فليس يحضرنى الآن شىء منها.

۱ – عمر بن یزید: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: ما کاد جبرئیل یأتینی إلا قال: یا محمد اتّق شحناء الرجال وعداوتهم» (۱).

۲ – مسمع بن عبد الملک: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم فی حدیث: ألا إن فی التباغض الحالقه، لا أعنی حالقه الشعر، ولکن حالقه الدین» (۲).

وهذا الخبر المشتمل علی لفظه « التباغض» سنده معتبر.

۳ – شعیب العقرقوفی: « سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول لأصحابه: إتقوا اللّه وکونوا اخوه برره، متحابین فی اللّه، متواصلین، متراحمین، تزاوروا وتلاقوا وتذاکروا أمرنا وأحیوه» (۳).

۴ – أبو المغرا: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: یحق علی المسلمین الاجتهاد فی التواصل، والتعاون علی التعاطف، والمواساه لأهل الحاجه، وتعاطف بعضهم علی بعض، حتی تکونوا کما أمرکم اللّه عزّوجلّ «رُحَمَاءُ بَیْنَهُمْ» (۴)متراحمین مغتمین لما غاب عنهم من أمرهم، علی ما مضی علیه معشر الأنصار علی عهد رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم» (۵).

هذا، وقد ذکروا أن ما یجده الإنسان من الثقل من بعض إخوانه لبعض

۱– ۱) وسائل الشیعه ۱۲: ۲۳۸/۱. أبواب أحکام العشره، الباب ۱۳۶.

۲– ۲) وسائل الشیعه ۱۲: ۲۴۰/۷. أبواب أحکام العشره، الباب ۱۳۶.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۱۲: ۲۱۵/۱. أبواب أحکام العشره، الباب ۱۲۴.

۴– ۴) سوره الفتح ۴۸: ۲۹.

۵– ۵) وسائل الشیعه ۱۲: ۲۱۵/۲. أبواب أحکام العشره، الباب ۱۲۴.

أحوال أو أفعال أو لغير ذلك، ليس من البغض، فإنه لا ينفك عنه أحـد من الناس، واسـتثنوا من البغضه العـداوه لأمر دينى فقالوا بأنها غير محرمه.

ومـن ذلـك كلّه يظهر: أن البغضه المحرّمه ليست مطلـق الكراهيّه والاسـتثقال، بـل المراد بغض المـؤمن وهجره عن عـداوه، وفى بعض الأخبار ما يؤيد ذلك.

ثم إنه يمكن أن يقال باستقلال العقل بقبح بغض المؤمن من غير مجوز، وأن الأدلّه الشرعيه إرشاد إلى هذا الحكم العقلى.

ص:٩٦٠

المساله الثامنه: (فی حرمه لبس الحریر وردّ الشهاده به)

قال المحقق قدّس سرّه: « لبس الحریر للرجال فی غیر الحرب اختیاراً محرم، تردّ به الشهاده» (۱).

أقول: فی هذه المسأله مبحثان، ویشتمل کلّ منهما علی فروع:

المبحث الأول: لبس الحریر

أ - لا- ریب ولا- خلاف فی حرمه لبس الحریر المحض للرجال عدا ما استثنی، بل علیه الإجماع فی (المسالک) وغیره (۲)، بل علیه إجماع علماء الإسلام ونصوصهم کما فی (الجواهر) (۳)و (کشف اللثام) (۴). وهذه طائفه من النصوص الداله علی ذلک من أخبارنا.

۱ - محمد بن مسلم: « عن أبی جعفر علیه السلام قال: لا یصلح لباس الحریر والدیباج، فأما بیعهما فلا بأس» (۵).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۸۵، مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۳۷۴، کفایه الأحکام ۲: ۷۵۳.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۵۳.

۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۲۹۶، و۳: ۲۱۵.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۴: ۳۶۸/۳. أبواب لباس المصلی، الباب ۱۱.

۲ – أبو الجارود عن أبی جعفر: « إن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم قال لعلی علیه السلام: إنی أُحبّ لک ما أُحبّ لنفسی، وأکره لک ما أکره لنفسی، فلا تختّم بخاتم ذهب – إلی أن قال – ولا تلبس الحریر، فیحرق اللّه جلدک یوم تلقاه» (۱).

۳ – جراح المدائنی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « إنه کان یکره أن یلبس القمیص المکفوف بالدیباج، ویکره لباس الحریر. . .» (۲).

والکراهه محموله علی التحریم فی الحریر، بقرینه الخبر المتقدم علیه.

۴ – مسعده بن صدقه، عن جعفر بن محمد عن أبیه: إن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم نهاهم عن سبع منها: « لباس الاستبرق والحریر. . .» (۳).

ویدلّ علی الحرمه ما دلّ علی جواز لبسه فی الحرب والضروره، وما دلّ علی جواز لبس الحریر غیر المحض، وما دلّ علی جواز لبسه للنساء، . . . کما سیأتی.

وأما ما کان ظاهراً فی خلاف ذلک، فمحمول علی الحریر غیر المحض، أو علی التقیه.

ب – ظاهر المحقق قدّس سرّه هنا وفی (النافع) والعلامه فی (القواعد) و (التحریر) (۴)کون اللبس معصیه کبیره، فلا یشترط الإصرار والمداومه علی اللبس، وذلک لأن کلّ معصیه توعّد علیها النار فهی کبیره، وقد ورد ذلک بالنسبه

۱– ۱) وسائل الشیعه ۴: ۳۶۸/۵. أبواب لباس المصلی، الباب ۱۱.

۲– ۲) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۰/۹. أبواب لباس المصلی، الباب ۱۱.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۱/۱۱. أبواب لباس المصلی، الباب ۱۱.

۴– ۴) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۵، تحریر الأحکام ۵: ۲۵۱، المختصر النافع: ۲۷۹.

إلى لبس الحرير فى بعض الأخبار (۱).

هذا بالنسبه إلى اللبس.

وأما الصلاه فيه للرجال، فإن كان ممّا تتمّ فيه الصلاه، فالحكم هو عدم الجواز، إجماعاً كذلك، وإلا ففيه خلاف، كما سيأتى.

وأما حكم التكأه عليه، والافتراش له. . . فسيأتى أيضاً.

ج - وبقيد « المحض» يخرج غير المحض، فلا ريب فى جواز لبسه والصلاه

ص:٩٦٣

---

۱ - ۱) أقول: المراد خبر أبى الجارود المتقدم. وذهب المقدس الاردبيلى وتبعه السبزوارى فى الكفايه وصاحب الرياض إلى العدم. قال الأخير: « وفيه إشكال، إذ لا يستفاد من أدله المنع كونه من الكبائر، وإنما غايتها إفاده التحريم وهو أعم منه، والأصل يلحقه بالصغير، فالوجه عدم رد الشهاده بمجرد اللبس من دون إصرار ومداومه، كما نبه عليه المقدس الاردبيلى رحمه اللّه، وتبعه صاحب الكفايه فقال: ولعل قدحه فى الشهاده باعتبار الإصرار، وربما يفهم منه كون ذلك مراد الأصحاب ومذهبهم أيضاً، وهو غير بعيد، ولا ينافيه إطلاق عبائرهم، لقوه احتمال وروده لبيان جنس ما يقدح فى العداله من دون نظر إلى اشتراط حصول التكرار والاكتفاء بالمره الواحده، وإنما أحالوا تشخيص ذلك إلى الخلاف فى زوال العداله بكل ذنب أو بالكبائر منها خاصه. . .» رياض المسائل ١٥: ٢٧٢، كفايه الأحكام ٢: ٧٥٣، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٣٧٦. قلت: إن خبر أبى الجارود يستفاد منه كونه من الكبائر، ومعه لا مجال للرجوع إلى الأصل، وإن كان كونه ملحقاً إياه بالصغائر محل بحث، وأما احتمال كون ذلك مراد الأصحاب فيخالف ظواهر عبائرهم، كاحتمال ورودها لبيان جنس ما يقدح فى العداله، فقد ذكر المحقق مثلًا أن الحسد معصيه وكذا بغضه المؤمن ثم قال: والتظاهر بهما قادح فى العداله. إنما الكلام فى سند الخبر المزبور، فأبو الجارود وهو زياد بن المنذر قال فى تنقيح المقال: لم يوثقه أحد من الرجاليين، بل هو مذموم أشد الذم لكنه من رجال كامل الزيارات وتفسير القمى. على أن الخبر رواه الصدوق بإسناده إليه، وطريق الصدوق إليه ضعيف، وإن كان الظاهر تماميه سند الخبر فى العلل. فالخلاف فى المقام مبنى على اعتبار الخبر وعدمه، بعد الخلاف الكبروى الذى أشرنا إليه فى نظير المقام فيما تقدم.

فیه، قال المحقق قدّس سرّه: « وإذا مزج بشیء، مما یجوز فیه الصلاه حتی خرج عن کونه محضاً، جاز لبسه والصلاه فیه، سواء کان أکثر من الحریر أو أقل منه» (۱)قال فی (الجواهر) بشرحه: بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل الثانی منهما مستفیض کالنصوص، أو متواتر (۲)، ومن النصوص الصریحه فی ذلک:

۱ - عبید بن زراره: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: لا بأس بلباس القز ، إذا کان سداه أو لحمته من قطن أو کتان» (۳).

۲ - إسماعیل بن الفضل: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی الثوب یکون فیه الحریر. فقال: إن کان فیه خلط فلا بأس» (۴).

۳ - زراره: « سمعت أبا جعفر علیه السلام ینهی عن لباس الحریر للرجال والنساء، إلا ما کان من حریر مخلوط بخز، لحمته أو سداه خز، أو کتان أو قطن. . .» (۵).

۴ - یوسف بن ابراهیم: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: لا بأس بالثوب أن یکون سداه و زرّه وعلمه حریراً، وإنما کره الحریر المبهم للرجال» (۶).

د - وقد وقع الکلام فی حکم لبس ما نسج نصفه حریراً محضاً، ونصفه الآخر غیر حریر، فقد أفتی السید فی (العروه) بعدم الجواز (۷)، والأقوی هو الجواز، لأن المستفاد من الأدله حرمه الحریر المحض، أو المبهم، أو المصمت، علی اختلاف

ص:۹۶۴

۱- ۱) شرائع الإسلام ۱: ۶۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۸: ۱۳۵.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۴/۲. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۳.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۴/۴. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۳.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۴/۵. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۳.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۵/۶. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۳.

۷- ۷) العروه الوثقی: ۲/۳۴۵، المسأله ۲۷.

العناوين الوارده فيها، والتى لا يصدق شيء منها عرفاً على هذا الثوب.

فإن شك فى الجواز، فإن الأصل الأولى فى لبس كلّ لباس هو الجواز، ثم خصص ذلك بأدله حرمه لبس الحرير المحض، ومع الشك فى شمول دليل المخصص لما خيط أو نسج بهذه الكيفيه، يكون العام هو المرجع ويحكم بالجواز.

وإن كان العام ما دلّ على حرمه الحرير، ثم خرج منه الحرير غير المحض، فمع الشك فى صدق غير المحض على هذا الثوب، كان المرجع أدلّه حرمه الحرير.

لكن الأظهر هو الأول، وهو كون المرجع عمومات جواز مطلق اللبس، فيجوز لبس هذا الثوب.

ولو شك فى أنه من الحرير أو غيره ومن هذا القبيل اللباس المتعارف فى زماننا المسمى بالشعرى لمن لم يعرف حقيقته جاز لبسه، للشك فى شمول الأدله له.

ولو شك فى أنه حرير محض أو ممتزج، قال السيد فى (الوسيله) : الأحوط الاجتناب، لكن الأقوى عند السيد الاستاذ عدم وجوبه، كما ذكر فى حاشيتها (1)، لجريان البراءه، نعم، هو لازم بالنسبه إلى الصلاه فيه بناءاً على شرطيه غير الحرير فيها.

ه - استثنى من الحرمه، اللبس فى حالين:

۱ - لبس الحرير فى حال الحرب:

وقد ادعى عليه الإجماع جماعه من الأصحاب، ويدلّ عليه قبله من النصوص.

۱- ۱) وسيله النجاه ۱: ۱۵۱، المسأله ۱۸.

١ - إسماعيل بن الفضل: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: لا یصلح للرجل أن یلبس الحریر إلا فی الحرب» (١).

٢ - إبن بكیر عن بعض أصحابنا: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: لا یلبس الرجل الحریر والدیباج إلا فی الحرب» (٢).

٣ - سماعه بن مهران: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن لباس الحریر والدیباج. فقال: أما فی الحرب فلا بأس به، وإن كان فیه تماثیل» (٣).

وهل المستثنی مطلق الحرب أو یختص بالحرب الواجبه، أو الجائزه؟

لا ریب فی جواز اللبس فی الحرب الواجبه، أما الجائزه فوجهان، العدم لعدم وجوب الحرب، فلماذا یقوم بالحرب مع عدم وجوبها، حتی یجوز له لبس الحریر. والجواز، لأنه مع جواز الحرب، یجوز له اللبس إذا اختار القیام بها، نظیر السفر فی شهر رمضان من جهه.

وأما المحرمه فلا، لأن دلیل الجواز فی الحرب منصرف ظاهراً عن الحرب المحرمه، فإذا حارب ولبس فقد ارتكب محرمین.

والمراد من حال الحرب، حال قیامها فعلاً، أو الكون فی بعض مقدماتها القریبه منها، بحیث یصدق عرفاً كونه فی حال الحرب.

ثم إنه ذكر فی (الجواهر) وغیرها: أن المراد استثناء حال الحرب من حرمه اللبس وبطلان الصلاه معاً، كما هو ظاهر المتن أو صریحه، بل وغیره من كلمات

١- ١) وسائل الشیعه ۴: ٣٧١/١. أبواب لباس المصلّی، الباب ١٢.
٢- ٢) وسائل الشیعه ۴: ٣٧٢/٢. أبواب لباس المصلّی، الباب ١٢.
٣- ٣) وسائل الشیعه ۴: ٣٧٢/٣. أبواب لباس المصلّی، الباب ١٢.

الأصحاب (۱)، وقد نص على الجواز السيد فى (العروه) حيث قال: وحينئذ تجوز الصلاه فيه أيضاً (۲).

والتحقيق أنه: إن كان عدم جواز الصلاه فى الحرير مستنداً إلى النهى عن مطلق لبسه، ففى الحرب ينتفى النهى، فلا وجه لبطلانها فيه، وإن كان حكماً مستقلاً من جهه أنه مانع أو عدمه شرط فلا تصح وتظهر الثمره فيما إذا أمكنه النزع وتبديل الثوب والظاهر هو الثانى، فيكون كلبس الذهب للرجال، فيحرم لبسه، وتبطل الصلاه فيه، كما سيأتى فى المبحث الثانى. وبناءاً على عموم دليل استثناء حال الحرب للصلاه، تكون النسبه بينه وبين دليل: « لا تصل فى الحرير» العموم من وجه، فيتعارضان فى مورد الاجتماع، ويتساقطان، ويكون المرجع هو الأصل.

نعم، لو ورد نص يقول: لا تلبس الحرير ولاتصل فيه إلا فى الحرب، تعيّن الأوّل.

۲ – لبس الحرير فى حال الضروره:

ويدلّ على جواز اللبس فى حال الضروره كالبرد المانع من نزعه الأدلّه العامه، الوارده فى الأبواب المختلفه من الفقه، مثل قولهم عليهم السلام:

۱ – ليس شىء مما حرم اللّه إلّاوقد أحلّه لمن اضطر إليه (۳).

۱– ۱) جواهر الكلام ۸: ۱۱۹، الوسيله: ۸۸، المعتبر ۲: ۸۸.

۲– ۲) العروه الوثقى: ۲/۳۴۴.

۳– ۳) وسائل الشيعه ۴: ۳/۳، ۵: ۴۸۲/۶ و۷. أبواب القيام، الباب ۱، ۲۳: ۲۲۸/۱۸. كتاب الأيمان، الباب ۱۳.

۲ - کلّما غلب اللّه علیه فاللّه أولی بالعذر (۱).

۳ - رفع عن أمتی الخطأ والنسیان وما أکرهوا علیه وما لا یطیقون. . . (۲).

وغیر ذلک من الأدلّه العامه الحاکمه علی الأدله الأولیّه.

ومن هنا صرح جماعه بالإجماع علی هذا الحکم.

وأما الاستدلال له بخصوص ما عن الصدوق رحمه اللّه من أنه: «لم یطلق النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم لبس الحریر لأحد من الرجال، إلا لعبد الرحمن بن عوف، وذلک أنه کان رجلاً قملاً» (۳)، فیتوقف علی إلغاء الخصوصیه فیه، وهو مشکل، لاحتمال کونه قضیّه فی واقعه، لجواز وصول حال عبد الرحمن حدّاً جاز له ذلک بالأدله العامه.

ومن هنا یشکل التعدّی من ضروره البرد ونحوه إلی کلّ ضروره، بأن یقال بجواز الصلاه فیه فی کلّ ضروره جاز معها اللبس.

و وبقید «الرجال» یخرج النساء، وقد نص علی ذلک المحقق فی کتاب الصلاه بقوله: «ویجوز للنساء مطلقاً» (۴)قال فی (الجواهر) : إجماعاً أو ضروره من المذهب، بل الدین (۵)، ویدل علیه من النصوص:

۱ - لیث المرادی: «قال أبو عبد اللّه علیه السلام: إن رسول اللّه صلّی اللّه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۴: ۸۰/۲ أبواب أعداد الفرائض، الباب ۲۰، ۴: ۳۷۳، ۴: ۸ أبواب قضاء الصلوات، الباب ۳، ح۳، ۱۳، ۱۶. ۱۰: ۲۲۷/۶، أبواب من یصح منه الصوم، الباب ۲۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۵: ۳۶۹/۱ و۲. أبواب جهاد النفس، الباب ۵۶.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۲/۴. أبواب لباس المصلی، الباب ۱۲.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۱: ۶۹.

۵- ۵) جواهر الکلام ۸: ۱۱۹.

علیه وآله وسلّم کسا أُسامه بن زید حلّه حریر، فخرج فیها، فقال: مهلاً یا أُسامه، إنما یلبسها من لا خلاق له، فاقسمها بین نساء ک» (۱).

۲ - یوسف بن إبراهیم: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام. . . إنما یکره المصمت من الإبریسم للرجال، ولا یکره للنساء» (۲).

۳ - ابن بکیر عن بعض أصحابنا: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: النساء یلبسن الحریر والدیباج إلا فی الإحرام» (۳).

۴ - الحسین بن زید عن جعفر بن محمد عن آبائه علیهم السلام فی حدیث المناهی: « نهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم عن لبس الحریر والدیباج والقز للرجال، فأما النساء فلا بأس» (۴).

۵ - جابر الجعفی: « سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: لیس علی النساء أذان. . . ویجوز للمرأه لبس الدیباج والحریر، فی غیر صلاه وإحرام، وحرم ذلک علی الرجال إلا فی الجهاد. . .» (۵).

۶ - قرب الإسناد عن موسی بن جعفر علیه السلام: « سألته عن الدیباج هل یصلح لبسه للنساء؟ قال: لا بأس» (۶).

إنما الکلام والخلاف فی موضعین:

۱- ۱) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۹/۲. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۹/۱. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۶.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۹/۳. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۶.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۴: ۳۸۰/۵. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۶.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۴: ۳۸۰/۶. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۶.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۴: ۳۸۰/۹. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۶.

صلاه المرأه فی الحریر

الأول: فی صلاه المرأه فی الحریر، فالمشهور شهره عظیمه کادت تکون إجماعاً هو الجواز، وعلیه السیدان فی (العروه) و (الوسیله) (۱)وعن الصدوق: المنع (۲)، وعن الأردبیلی: إنه أولی (۳)، وعن (الحبل المتین) : إنه أوجه (۴). وعن جماعه: التوقف (۵).

وقد استدلّ للمنع بإطلاق صحیحی عبد الجبار الآتیین، وبخصوص خبری زراره وجابر الجعفی المتقدمین.

وأجیب عن الصحیحین بتقیید ما دلّ علی اختصاص الحرمه بالرجال لهما، وعن خبر جابر بالضعف فی السند، وعن خبر زراره بالحمل علی الکراهه جمعاً بین الأدلّه.

إحرام المرأه فی الحریر

الثانی: فی إحرام المرأه فی الحریر، فإنه لا یخلو من الإشکال، للأخبار الناهیه عن إحرامها فیه أو لبسها للحریر فی حال الإحرام.

ص:۹۷۰

۱- ۱) العروه الوثقی: ۲/۳۴۴، وسیله النجاه: ۱/۱۵۰.

۲- ۲) من لا یحضره الفقیه: ۱/۲۶۳، ذیل ح ۸۱۱.

۳- ۳) مجمع الفائده والبرهان ۲: ۸۴.

۴- ۴) الحبل المتین: ۱۸۵. وفیه: فالأولی اجتناب النساء. . . ، مستند الشیعه ۴: ۳۴۲، جواهر الکلام ۸: ۱۲۰.

۵- ۵) منتهی المطلب ۴: ۲۲۴، مدارک الأحکام ۳: ۱۷۷، کفایه الاحکام ۱: ۸۱، حبل المتین: ۱۸۵.

فی وظیفه الخنثی

أما الخنثی، فألحقها فی (الجواهر) بالمرأه، قال: والخنثی المشکل ملحق بها فی جواز اللبس علی الأقوی، لأصاله براءه الذمه، بل وفی الصلاه أیضاً عندنا، لصدق الإمتثال، وعدم العلم بالفساد، وما ذکره غیر واحد من مشایخنا من إلحاقها فی الصلاه بأخس الحالین، مبنی علی أصاله الشغل، وإجمال العباده، ونحو ذلک مما لا نقول به، کما هو محرّر فی محله (1).

أقول: توضیح ما ذکره هو: أن أمر الصلاه دائر بین الأقل والأکثر، لأن الخنثی تشک فی اشتراط عدم الحریر، أو مانعیه الحریر لصحه صلاتها، مضافاً إلی سائر الشرائط، فیکون الأقل وهو ما عدا الحریر هو المتیقن، ویجری الأصل بالنسبه إلی الأکثر، فلا یکون الحریر مانعاً أو عدمه شرطاً لها.

ولو شکت فی تحقق الامتثال بعد الفراغ، کان شکّها مسبباً عن الشک فی الاشتراط أو المانعیه، والأصل هو العدم.

وکذا الأمر فی أصل التکلیف، فإنه مع الشک فی اشتغال الذمه، تجری أصاله البراءه، لحدیث الرفع وغیره من أدلّتها، کما هو محرر فی محلّه.

فإن کان المستند لما ذکره غیر واحد من المشایخ هو الإحتیاط فی الشبهه التحریمیه، وفی دوران الأمر بین الأقل والأکثر، فالمبنی باطل، کما تقرر فی الاصول.

وإن أرادوا من « أخس الحالین» أن الخنثی لیست قسماً برأسه، بل هو إما ذکر، أو أنثی، وهذا العلم الإجمالی یقتضی امتثالها بالنسبه إلی تکالیف الرجل والمرأه معاً، فیلزمها فیما نحن فیه الإحتیاط، ولا وجه للرجوع إلی الأصل، نظیر

1- 1) جواهر الکلام 8: 122.

الحكم عليها بوجوب التستر من كلا القسمين، كان الوجه ما ذهبوا إليه.

هل يجوز للصبى لبس الحرير؟

وأما الصبى: فلا بأس بلبسه الحرير، ضروره عدم تكليفه بشىء من التكاليف، إنما الكلام فى وجوب منع الولى، وحرمه إلباسه إياه، وصحه صلاته فيه بناءاً على كون عباداته شرعيه.

والحكم بوجوب منع الولى وحرمه إلباسه إياه، يتوقف على العلم بكون لباس الحرير للذكور من قبيل ما علم من الشارع كراهه وجوده فى الخارج حتى من الصبيان، ليتوجه الخطاب إلى أوليائهم أو غيرهم كفايه، بمنعهم عن اللبس، وبعدم إلباسهم إياه.

لكن فى صحه صلاته فيه إشكال، بناءاً على أن المستفاد من الأدله كون النهى عن الصلاه فى الحرير مستقلاً عن النهى عن اللبس، وهو ليس ببعيد.

فى حكم مالاتتم الصلاه فيه

ز - هل يجوز لبس ما لا تتمّ فيه الصلاه من الحرير منفرداً، كالتكه والقلنسوه ونحوهما، والصلاه فيه؟ فيه خلاف، ومن جوّز اللبس فى الصلاه فقد جوّزه فى غيرها، فنقول: قد نسب القول بالجواز إلى الأشهر فى (الجواهر) (1)كما فى (الوافى) (2). وعن جماعه كثيره، كالمفيد والصدوق والشيخ فى النهايه والعلامه فى

١- ١) جواهر الكلام ٨: ١٢٣.

٢- ٢) الوافى ٧: ٤٢٥ ذيل ح٦٢٥٢.

بعض کتبه وغیرهم: المنع (۱). وعن جماعه منهم المحقق قدّس سرّه فی کتبه الثلاثه التردد (۲)، لکن قال المحقق: « والأظهر الکراهیه» (۳). وهذا هو المختار (۴).

استدلّ للمنع: بمکاتبه محمد بن عبد الجبار قال: « کتبت إلی أبی محمد أسأله هل یصلّی فی قلنسوه حریر محض أو قلنسوه دیباج؟ فکتب: لا تحلّ الصلاه فی حریر محض» (۵). وبمکاتبته الاخری: « کتبت إلی أبی محمد علیه السلام أسأله هل یصلّی فی قلنسوه حریر محض أو قلنسوه دیباج؟ فکتب: لا تحلّ الصلاه فی حریر محض» (۶)(۷).

۱- ۱) الجامع للشرائع: ۶۷، مختلف الشیعه ۲: ۸۰، منتهی المطلب ۴: ۲۲۵، وعن فخر المحققین فی المهذب البارع ۱: ۳۲۵، حبل المتین: ۱۸۳، کشف اللثام ۳: ۲۱۵، الحدائق الناضره ۷: ۹۷، مدارک الأحکام ۳: ۱۷۹، مجمع الفائده والبرهان ۲: ۸۳ ۸۴، البیان: ۵۷ ۵۸، غنیه النزوع ۱: ۶۶، من لا یحضره الفقیه ۱: ۲۶۴ / ذیل ح ۸۱۴، ولم اعثر فی النهایه علی المنع، بل قال فیه بالکراهه. راجع النهایه: ۹۸. وقال فی المبسوط ۱: ۸۳ بالجواز ثم قال: والتنزّه عنه أفضل.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۱: ۶۹، المعتبر ۲: ۸۹، المختصر النافع: ۲۴، مسالک الأفهام ۱: ۱۶۴، ریاض المسائل ۲: ۳۲۷، تحریر الأحکام ۱: ۱۹۵/۶۲۰، غایه المرام ۱: ۱۳۳، نهایه الاحکام ۱: ۳۷۶، المقتصر: ۷۱.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۱: ۶۹.

۴- ۴) قال السید فی العروه (العروه الوثقی ۲: ۳۴۳، المسأله ۲۵) : أن لا یکون حریراً محضاً للرجال، سواء کان ساتراً للعوره أو کان الساتر غیره، وسواء کان مما تتم فیه الصلاه أولا علی الأقوی، کالتکه والقلنسوه ونحوهما، بل یحرم لبسه فی غیر حال الصلاه أیضاً إلا مع الضروره. فقال سیدنا الاستاذ فی تعلیقته: لا قوه فیه والأحوط اجتنابه، ومن هنا فقد وافق السید صاحب الوسیله فی قوله: « أن لا یکون حریراً محضاً للرجال علی الأحوط» .

۵- ۵) وسائل الشیعه ۴: ۳۶۸/۲. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۱.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۶/۱. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۴.

۷- ۷) أقول: هل هی مکاتبه اخری أو هی مکاتبه واحده؟ صریح الجواهر هو الأوّل، لکن الثانی غیر بعید، بل هو الظاهر عند المحقق النائینی، ففی کتاب الصلاه للآملی (کتاب الصلاه ۱: ۲۷۷) عنه قدس سرهما: الظاهر أنهما روایه واحده، إلا أنه لمکان تقطیعها یذکر کل فقره منها فی الموضع المناسب لها، والمنقول عن بعض الساده من أهل إصفهان وجود أصل نسخه المکاتبه عنده، الذی کان الجواب فیها بخط العسکری علیه السلام، وأنه ذکر فیها نحو من خمسه عشر إلی عشرین سؤالاً. قلت: قد ذکرت المکاتبه فی وسائل الشیعه مرهً فی الباب الحادی عشر، ومرتین فی الباب الرابع عشر من أبواب لباس المصلی، وقد أضاف فی الموضع الأخیر ذکر السؤال عما لاتتم الصلاه فیه من غیر المأکول مع الجواب بأنه إذا کان ذکیاً فلا بأس.

وللجواز: بما رواه الحلبی عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام قال: « کلّ ما لا تجوز الصـلاه فیه وحده فلا بأس بالصـلاه فیه، مثل التکه الإبریسم والقلنسوه والخف والزنار یکون فی السراویل ویصلی فیه» (۱).

أما المکاتبه، فلا کلام فی صـحتها سـنداً، وأما خبر الحلبی فقد أجاب المانعون عنه بضـعف سنده ب « أحمد بن هلال العبرتائی» فإنه ضعیف.

وأُجیب: بأنه مع التسـلیم ینجبر الضـعف بعمل الأصـحاب بالخبر (۲)، إلاـ أنه لاـ سبیل إلی تقـدیمه علی المکاتبه، لأنها أصـح بلا کلام.

کمـا أنه لاـ سبیل إلی تقـدیم خبر الحلبی علی المکاتبه بالحکومه، وإن کان مقـدّماً علی إطلاقات عـدم جواز الصـلاه فی الحریر بـالحکومه لأنه ناظر إلی تلک الإطلاقات، ولا بالتقییـد لأنه من قبیل تخصـیص المورد وهو مسـتهجن، إلا أن یقال بأن الإمام علیه السلام قد أعرض عن جواب السؤال، بل ذکر الحکم بصوره

۱- ۱) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۶/۲. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۴.

۲- ۲) أقول: الکلام فی « أحمد بن هلال» طویل، فمن الأصحاب من لا یعتمد علی خبره لکونه فاسد المذهب ضعیفاً، ومنهم من یعتمـد علیه، لأن فساد المـذهب لا یضـر بعد وثاقه الراوی. قلت: إن کان منشأ تضـعیف من ضـعفه هو الفساد فی العقیده وأنه فی نفسه ثقه أمکن الاعتمـاد علی خبره بنـاءاً علی أن فساد العقیـده لا یضـر بالوثاقه کما علیه بعض مشایخنا. وراجع المسـتمسک فی شرح العروه ۵ / ۳۶۵، معجم رجال الحدیث ۳ / ۱۵۲.

العموم، لكنه خلاف الظاهر.

وحمل الفقيه الهمدانى المكاتبه على الغالب (۱).

أى: أن الغالب فى القلنسوه أن تكون من حرير.

وهو كما ترى، لأن السؤال قد وقع عن القلنسوه، وإعطاء الجواب عن الفرد الغالب منه خلاف المتعارف، بل يمكن أن يكون من الإغراء بالجهل، إذ يمكن أن يكون المحتاج إليه حكم القلنسوه غير الحرير.

كما أن حمل المكاتبه على التقيه غير تام، لأن العامّه يقولون بجواز الصلاه فى ذلك (۲)فقوله عليه السلام « لا تحلّ» الظاهر فى الحرمه الوضعيّه ينافى التقيه.

بقى حمل المكاتبه على الكراهه، بقرينه خبر الحلبى.

وفيه: إن لسان النهى عام، لأنه قال: « لا تحلّ الصلاه فى حرير محض» ، فهو من الأدله الدالّه على عدم جواز الحرير مطلقاً، فيتوقف حمله على الكراهه على القول بعموم المجاز فيه، بأن استعملت الهيئه فى الجامع بين الحرمه والكراهه، فتكون الحرمه لما تتم فيه الصلاه، والكراهه لما لاتتم فيه، لكن الحمل على عموم المجاز فيه مشكل.

إلا أن يقال بأن معنى المكاتبه: لا تحلّ الصلاه فى قلنسوه حرير محض، فلا يكون الجواب عامّاً، بل هو نهى عن خصوص القلنسوه، فيمكن حمله على الكراهه بقرينه خبر الحلبى، وهذا هو الأولى، نظير ما إذا قال السائل: هل يصلّى خلف شارب الخمر، فورد الجواب: لا تصلّ خلف الفاسق، فيحمل على أن المراد

۱- ۱) مصباح الفقيه (كتاب الصلاه) ۱۴۳، (حجرى) وفيه: لعلّه لغلبه حصول الامتزاج به.
۲- ۲) انظر كتاب الخلاف: ۱/۵۰۴، المسأله ۲۴۵.

لا تصلّ خلف شارب الخمر لأنه فاسق.

وصاحب (الجواهر) وبعضـهم قدّموا خبر الحلبى لكونه أشهر (١)، وعليه، فلمـاذا القول بالجواز على كراهه؟ إلا أن يقال: بأن « لا بأس» فيه إشعار بوجود حزازه فيها، واللّه العالم.

ولو وصل الأمر إلى الأصل، فلا ريب فى أنه البراءه، لأنه من دوران الأمر بين الأقل والأكثر.

ثم إن المراد ما لاتتم فيه الصلاه منفرداً، أى لكلّ رجل بحسب حاله، لا مطلقاً، ولا الوسط من الرجال خلافاً للجواهر.

ح – لا بأس بالكف بالحرير، وترقيع الثوب به، لعدم صدق اللبس معه، ويجوز الصـلاه فيه أيضاً، لانصراف أدله النهى عن الصلاه فيه عن مثله. وإن كان الأحوط أن لا يزيد على أربع أصابع.

ط – ولا بأس أيضاً فى حمل الحرير، واستصحابه، فى الصلاه وغيرها، لعدم صدق اللبس، وانصراف الأدلّه عنه، وإن كان مما تتم فيه الصلاه.

فى حكم التكأه على الحرير

ى – وأمـا التكـأه على الحرير، والاـفتراش له، والتـدثّر به، فقـد قـال المحقق هنـا: « وفى المتكـأ عليه، والاـفتراش له تردد، والجواز مروى» (٢)وقال فى كتاب

١– ١) راجع جواهر الكلام ٨: ١٢٩، مستند الشيعه ۴: ٣۴٧، مصباح الفقيه (كتاب الصلاه) : ١۴١، (حجرى) .

٢– ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٢٩.

الصلاه: « ویجوز الرکوب علیه وافتراشه علی الأصح» (۱).

قال فی (الجواهر) : وفاقاً للأکثر، بل المشهور نقلاً وتحصیلاً، بل فی المدارک: إنه المعروف من مذهب الأصحاب (۲)، لصراحه نصوص المسأله فی اللّبس، ولا ریب فی عدم صدق علی التکأه والافتراش، ولو کان ثمّه حدیث ضعیف یدلّ علی المنع، فمحمول علی المنع من اللّبس، بقرینه سائر النصوص، وللغلبه فی استعمال الحریر.

وإن کان فی دعوی غلبه لبس الحریر علی سائر استعمالاته، بحیث یصح حمل الخبر المطلق علی هذا الاستعمال الخاص، نظر.

وکیف کان، ففی الصحیح عن علی بن جعفر قال: « سألت أبا الحسن علیه السلام عن الفراش الحریر ومثله من الدیباج، والمصلّی الحریر، هل یصلح للرجل النوم علیه والتکأه والصلاه؟ قال: یفترشه ویقوم علیه ولا یسجد علیه» (۳).

وأما التدثر، فإن صدق علیه اللبس حرم، وإلا فلا، وفی (مجمع البحرین) : «یٰا أَیُّهَا اَلْمُدَّثِّرُ» أی المتدثر بثیابه (۴)، وظاهره الصدق.

ومع الشک فی الصدق من جهه اختلاف اللغه والعرف، فبالنسبه إلی اللبس یجری الأصل، وأما بالنسبه إلی الصلاه فیه، فتصح بناءاً علی مانعیّه الحریر، للشک فی المانعیه، ولا تصح بناءاً علی اشتراط عدمه.

وهذا کله مبنی علی ماهو الأظهر من عدم استناد النهی عن الصلاه فیه إلی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۱: ۶۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۸: ۱۲۷، مدارک الأحکام ۳: ۱۷۹.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۴: ۳۷۸/۱. أبواب لباس المصلّی، الباب ۱۵.

۴- ۴) مجمع البحرین ۱: ۵۷۷، نشر مؤسسه البعثه.

النهی عن اللبس، وإلا فلا کلام فی الصحه، لانتفاء الحرمه، للأصل.

هذا کلّه فی المبحث الأول.

المبحث الثانی: التختم بالذهب

قال المحقق قدّس سرّه: « وکذا یحرم التختم بالذهب والتحلّی به للرجال» (۱).

أقول: هنا مطالب:

۱ – حکم التختم بالذهب والتحلّی به

لا ـ کلام فی حرمه ذلک، ولا خلاف فیه بل الإجماع بقسیمه علیه کما فی (الجواهر) (۲)وبذلک ینجبر ضعف بعض النصوص، ولا فرق فی ذلک بین أن یکون ذهباً خالصاً أو غیر خالص، بل یحرم حتی المموّه عند المشهور، وأما المشکوک فی کونه ذهباً أو لاـ فیرجع فیه إلی أهل الخبره، ومع بقاء الشک لجهلهم أو اختلافهم مثلًا لم یحرم، للشک فی شمول الأدله الناهیه له، وعدم جواز التمسک بها فی الشبهه المصداقیه، ولا عبره بتسمیه بعض الناس إیاه بالذهب، ولو شک فیه من جهه الشک فی المفهوم، فالحکم هو الأخذ بالقدر المتیقن وإجراء البراءه عن الزائد علیه.

ومن نصوص المسأله:

۱ – جابر الجعفی: « سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: لیس علی النساء

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۵۴.

أذان - إلى أن قال -: ويجوز أن تتختم بالذهب وتصلى فيه، وحرم ذلک على الرجال إلا فى الجهاد» (۱).

۲ - روح بن عبد الرحيم: «عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال قال رسول اللّه لأمير المؤمنين: لا تختم بالذهب فإنه زينتک فى الآخره» (۲).

۳ - على بن جعفر: «عن موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل هل يصلح له الخاتم الذهب؟ قال: لا» (۳).

ويدل على ذلک أيضاً ما سنذكره فى حکم الصلاه فيه:

۲ - حکم الصلاه فى الذهب

ولا كلام ولا خلاف كذلک فى بطلان الصلاه فى الذهب، سواء كان ساتراً أو غير ساتر، بل حتى فيما لا تتم الصلاه به منه، قيل: للنهى عن لبسه، فإنه إذا صلّى فيه اجتمع الأمر والنهى، وحينئذ تبطل الصلاه، لأنها عباده، وإن قلنا بجواز الاجتماع، لأن الشىء المنهى عنه لا يكون مقرّباً.

قلت: لكن الكلام فى الصغرى، فإنه بأى جزء من أجزاء الصلاه يتّحد الخاتم؟ قد عبّر بعضهم بالكون فى هذا اللباس، ولكن الكون ليس من أجزاء الصلاه، ولا ينتقض بالكون فى المكان المغصوب، لأن المكان الذى يقف عليه المصلى يتّحد مع وقوفه، ومن هنا نقول ببطلان الصلاه إذا كان مكان المصلى ذهباً.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۴: ۳۸۰/۶. أبواب لباس المصلّى، الباب ۱۶.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۴: ۴۱۲/۱. أبواب لباس المصلّى، الباب ۳۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۴: ۴۱۵/۱۰. أبواب لباس المصلّى، الباب ۳۰.

فالأولى الاستدلال لبطلان الصلاه فى الذهب بالنصوص، ومنها:

١ – عمار بن موسى: « عن أبى عبد اللّه فى حديث قال: لا يلبس الرجل الذهب ولا يصلى فيه، لأنه من لباس أهل الجنه» (١).

٢ – موسى بن أكيل النميرى: « عن أبى عبد اللّه عليه السلام. . . وجعل اللّه الذهب فى الدنيا زينه النساء، فحرم على الرجال لبسه والصلاه فيه» (٢).

وأما إذا كان متحلياً بالذهب، فلا كلام فى بطلانها مع صدق اللبس، وهل المستفاد من « لا يلبس الرجل الذهب ولا يصلى فيه» هو البطلان وإن لم يصدق، كما هو الحال فى: « لا تصل فى وبر ما لا يؤكل لحمه» ؟

يحتمل: أن يكون المراد « اللباس» ، ويحتمل: أن يكون المراد « المعيه» لكن الظاهر هو الثانى، خلافاً للجواهر حيث ادّعى الإنصراف عن المعيه (٣).

وكيف كان، فلا ريب فى جريان الأصل مع الشك.

٣ – فى موارد الجواز

هذا، وقد جوز الأصحاب الصلاه فى المحمول من الذهب، وشدّ الأسنان به، لعدم صدق اللبس عليهما.

ويدلّ على الجواز فى الثانى: صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (٤).

١– ١) وسائل الشيعه ۴: ۴۱۳/۴. أبواب لباس المصلّى، الباب ۳۰.
٢– ٢) وسائل الشيعه ۴: ۴۱۴/۵. أبواب لباس المصلّى، الباب ۳۰.
٣– ٣) لاحظ جواهر الكلام ٨: ١١٣.
۴– ۴) وسائل الشيعه ۴: ۴۱۶/۱. أبواب لباس المصلّى، الباب ۳۱.

قال السید فی (العروه) : بل الأقوی أنه لا بأس بالصلاه فیما جاز فعلها فیه من السلاح، کالسیف والخنجر ونحوهما، وإن أُطلق علیهما اسم اللبس، ولکن الأحوط اجتنابه (۱).

۱- ۱) العروه الوثقی ۲: ۳۴۲. الشرط الخامس من شرائط لباس المصلّی.

المسأله التاسعه: (فی أحکام اتخاذ الحمام)

قال المحقق قدّس سرّه: « اتخاذ الحمام للاُنس وإنفاذ الکتب لیس بحرام، وإن اتخذها للفرجه والتطییر فهو مکروه، والرهان علیها قمار» (۱).

أقول: فی المسأله فروع:

۱ – حکم اتخاذ الحمام

أما حکم اتخاذ الحمام للانس وإنفاذ الکتب، فقد قال المحقق: « لیس بحرام» قال فی (الجواهر) : بلا خلاف أجده فیه علی ما اعترف به غیر واحد، للأصل وغیره (۲).

وتدل علیه - بل علی استحباب الاتخاذ لذلک - النصوص المستفیضه بل المتواتره، فإنها زهاء ثلاثین خبر، أوردها صاحب (الوسائل) فی أبواب مختلفه:

فذکر فی باب « استحباب اتخاذ الحمام فی المنزل» سته عشر حدیثاً (۳).

وفی باب « استحباب إکرام الحمام والبقر والغنم» حدیثاً واحداً (۴).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۵۵.

۳- ۳) وسائل الشیعه: ۱۱/۵۱۴. أبواب أحکام الدواب، الباب ۳۱.

۴- ۴) وسائل الشیعه: ۱۱/۵۱۸. أبواب أحکام الدواب، الباب ۳۲.

وفی باب « تأکد استحباب اتخاذ الحمام الراعبی فی المنزل وفتّ الخبز للحمام» ثلاثه أحادیث (۱).

وفی باب « استحباب اختیار الحمام الأخضر والأحمر للإمساک فی البیت، وأن من قتل الحمام غضباً استحب له الکفاره عن کلّ حمامه بدینار» خمسه أحادیث (۲).

وفی باب « جواز تزویج الذکر من الطیر. . .» حدیثین (۳). . .

۲ – حکم اللعب بالحمام

وأما حکم اللعب بالحمام وتطییره، فقال المحقق رحمه اللّه: « وإن اتخذها للفرجه والتطییر فهو مکروه» .

أقول: أما الجواز فهو المشهور، وفی (الجواهر) عن ظاهر المبسوط: الإجماع علیه، وهو مقتضی الأصل (۴)، ویدل علیه أخبار:

۱ – العلاء بن سیابه: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده من یلعب بالحمام، فقال: لا بأس إذا کان لا یعرف بفسق» (۵).

۲ – العلاء بن سیابه: « سمعته یقول: لا بأس بشهاده الذی یلعب بالحمام، ولا بأس بشهاده صاحب السباق المراهن علیه، فإن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله

۱- ۱) وسائل الشیعه: ۱۱/۵۱۸. أبواب أحکام الدواب، الباب ۳۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه: ۱۱/۵۲۰. أبواب أحکام الدواب، الباب ۳۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه: ۱۱/۵۲۱. أبواب أحکام الدواب، الباب ۳۵.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۵۵.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۴۱۲/۱. کتاب الشهادات، الباب ۵۴.

وسلّم قد أجرى الخيل وسابق، وكان يقول: إن الملائكه تحضر الرهان فی الخف والحافر والريش، وما سوى ذلک قمار حرام» (۱).

۳ - العلاء بن سيابه: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن شهاده من يلعب بالحمام. قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق، قلت: فإن من قبلنا يقولون قال عمر: هو شيطان، فقال: سبحان اللّه، أما علمت أن رسول اللّه قال: إن الملائكه لتنفر عند [عن] الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر والخف والريش والنصل فإنها تحضره الملائكه، وقد سابق رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله أُسامه بن زيد وأجرى الخيل» (۲).

بل يدل على جواز اللعب والفرجه بها ما دلّ على استحباب إكرامها وتزويجها ونحو ذلک، لعدم انفكاک هذه الامور عن الفرجه بها عاده.

وقال ابن إدريس فی (السرائر) : « ويقبل شهاده المتخذ للحمام غير اللاعب بها والمسابق والمراهن عليها، إذا لم يعرف منه فسق، وقول شيخنا فی نهايته: وتقبل شهاده من يلعب بالحمام (۳)، غير واضح، لأنه سماه لاعباً، واللعب بجميع الأشياء قبيح، فقد صار فاسقاً بلعبه، فكيف تقبل شهادته؟ ، وإنما أورد لفظ الحديث إيراداً لا اعتقاداً، وإن كان المقصود باللعب ما ذكرناه، وهو اتخاذها للانس وحمل الكتب دون اللعب» (۴).

وفی قوله: « واللعب بجميع الأشياء قبيح، فقد صار فاسقاً بلعبه» .

ص:۹۸۴

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۱۳/۲. كتاب الشهادات، الباب ۵۴.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۱۳/۳. كتاب الشهادات، الباب ۵۴.

۳- ۳) النهايه: ۳۲۷.

۴- ۴) السرائر ۲: ۱۲۴.

منع واضـح، إذ ليس كـلّ لعب بحرام، فمن ذلـك مـا يحسّـنه العقل، ويعمله العقلاء، لما فيه من المنافع والآثار، بل يمكن دعوى قيام السيره على مثل ذلك حتى زمن المعصوم، كما فى الخبر المروى فى (الأمالى) من مصارعه الحسنين بحضره النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم وقوله للحسن عليه السلام: إصرع الحسين، وقد كان جبرئيل يقول للحسين: يا حسين إصرع الحسن (١).

والمحرم من اللهو ما يحرك الشهوات ويعد من الملذات النفسانيه، وليس فيه شىء من الأغراض العقلائيه.

نعم، لاـ كلامـ فى حرمه اللهو واللعب والفرجه بالحمـام، إذا أدى ذلك إلى ترك واجب، أو ارتكاب محرم، أو اقترن بشـىء من المحرمات. كما لا كلام فى منافاه ذلك للمروه فى حق بعض الناس.

وبالجمله، ليس كلّ لعب بحرام، وما دل على حرمته عموماً أو إطلاقاً، منصرف عن مثل ما ذكرناه ألبته.

وأما الكراهه، فإن تطيير الحمام والفرجه بها وإن لم يكن معصيه يمنع من الإشتغال بالأعمال المفيده، وصرف العمر فيما ينبغى أن يصرف فيه.

ومن هنا يظهر أنه ليس المراد من هذه الكراهه، الكراهه الإصطلاحيه فى عرف المتشرعه.

٣ – حكم السباق بالحمام

وأما حكم السباق بالحمام، فقال: « والرهان عليها قمار» .

١- ١) الأمالى للصدوق: ٥٣٠، ذيل ح٧١٧. عنه البحار ٤٣: ٢٦٦/٢٥.

أقول: إن الأصل فی کتاب السبق والرمایه هو قوله علیه السلام: « لا سبق إلا فی نصل أو خف أو حافر» (۱)(۲).

وقد اختلفت الروایه فی لفظ « سبق» ، فبناء علی أنه بفتح الباء - وهو بمعنی العوض المعین لمن غلب - یدل الخبر علی حرمه الرهان فی غیر الثلاثه، فتجوز المسابقه مع الرهان فیها ولا تجوز فیما خرج عنها، لکن لا نهی عن « السبق» بسکون الباء بلا رهان، وعلیه، فیجوز ذلک فی الحمام، وبناء علی أنه بسکون الباء یدل علی المنع فی غیر ما ذکر، وإن کان بلا رهان.

وأما بناء علی عدم ثبوت روایه الفتح، واحتمال کلا الأمرین معاً، لم یثبت دلیل علی المنع من المسابقه بلا رهان فی ما عدا الثلاثه، وکان المرجع فیه الأصل.

والمتیقن من الخبر هو الدلاله علی حرمه « السبق» بفتحها فی غیر الثلاثه، وهو المجمع علیه بین الأصحاب، وتدل علیه غیره من الأخبار، فإن هذا الرهان قمار.

لکن فی خبر العلاء بن سیابه استثناء الحمام کالثلاثه، وهو الخبر الثالث من الأخبار المذکوره.

وقد أُجیب عنه باحتمال إراده « الخیل» من « الحمام» کما هو لغه أهل مکه. لکن یضعّفه أنه لا یعبر عن المسابقه بالخیل ب « اللعب» وإن کان فمجاز. . . مع أن لفظ « الریش» فی الذیل یؤید کون الحمام فی الصدر هو « الطیر» ، ومن حمله علی « الخیل» قال بأن المراد منه هو « النصل» وهو خلاف الظاهر. إلا أن سند هذا

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱: ۴۹۳/۲. أبواب أحکام الدواب، الباب ۱۷.

۲- ۲) أقول: فی هذا الخبر سنداً ودلالهً ومتناً خلاف وبحث بین الأصحاب، راجع من کتبهم: المسالک ۶: ۶۹ - ۷۰ والکفایه ۱: ۷۱۶ ۷۱۸ والریاض ۱۰: ۲۳۴ و۲۳۸ ۲۳۹.

الخبر غير معتبر، ولا جابر له، وهذا هو الجواب الصحيح.

فتلخص: عدم النهى عن السبق بلا رهان، وعدم الجواز معه، لخبر الحصر فى الثلاثه، المعمول به لدى الأصحاب.

المسأله العاشره: (فی قبول شهاده أصحاب الصنائع المکروهه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لا ترد شهاده أحد من أرباب الصنائع المکروهه، کالصیاغه وبیع الرقیق، ولا من أرباب الصنائع الدنیه، الحیاکه والحجامه، ولو بلغت فی الدناءه، کالزبال والوقاد. لأن الوثوق بشهادته مستند إلی تقواه» (۱).

أقول: إذا کان للشاهد تقوی توجب الوثوق بشهادته، فلا ینظر إلی حرفته وصنعته، حتی ولو کانت من الصنائع المکروهه شرعاً، کالصیاغه، وبیع الأکفان، وبیع الرقیق، ونحوها، أو الصنائع الدنیه عرفاً، کالحجامه والحیاکه، بل حتی لو کانت فی غایه الدناءه، کالزبال والوقاد، لوضوح عدم منافاه هذه الصنائع للتقوی التی هی الملاک فی قبول الشهاده والوثوق بها.

والمسأله لا خلاف فیها بین الأصحاب، بل لم یکن حاجه إلی التعرض لها، وإنما الغرض من ذلک التنبیه علی خلاف بعض العامه، ولا ریب فی بطلان ما ذهبوا إلیه، لإطلاقات أدله قبول شهاده العدل، بل إن هذه الصنائع واجبه بالوجوب الکفائی، حفظاً للنظام، فضلاً عن عدم منافاتها للمروه.

وتوهم أن من یقوم بهذه الصنائع یعرض نفسه لإزراء الناس ویحقر نفسه فی المجتمع، ومن کان کذلک هان علیه تضییع الحقوق والأحکام الإلهیّه واضح

ص:۹۸۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.

الإندفاع، على أن القيام ببعض المندوبات بل الواجبات قد يوجب إزراء الناس.

عدم انحصار القادح فيما ذكره المحقق

قال فی (الجواهر) : ثم لا يخفی عليك أن المصنف وغيره ممن تعرّض لذكر بعض ما يقدح فی العداله، ليس غرضه حصر ذلك فيما ذكره، لمعلوميه حرمه أمور كثيره لم يذكروها، كمعلوميه كونها من الكبائر، بل قد ذكر فی كتب الاخلاق أمور كثيره تقتضی القدح فی العداله لم تذكر فی كتب الأصحاب، مع أن فيها روايات كثيره مشتمله على المبالغه فی نفی الإيمان معها، وقد ذكر الأردبيلی (۱)جمله منها ومن أخبارها (۲). . .

أقول: إن الامور القادحه فی العداله من الكثره بحيث إذا جمعت مع أخبارها كانت كتاباً ضخماً، إلا أن من الامور التی ذكرها المحقق الأردبيلی رحمه اللّه ماليس بحرام فی نفسه مالم يقترن بفسق أو يؤدی إليه، فلا ترتفع به العداله ولا تردّ الشهاده كعدّه « حبّ الرئاسه» منها، فإنه من الصفات القلبيه، وليس من المحرمات فی نفسها، إلا إذا ترتب عليه شیء منها فی الخارج، فيقدح فی العداله، نعم، من العسير جدّاً وجوده فی القلب وجوداً مجرّداً عن ترتب شیء من المحرمات، ومن هنا ورد الذم الشديد عليه، كالطمع والبخل والحسد وما شابه ذلك، وجاء الأمر بمعالجه ذلك كما ذكر فی كتب الأخلاق، قال اللّه تعالی «وَ أَمّا مَنْ خافَ مَقامَ رَبِّهِ وَ نَهَی اَلنَّفْسَ عَنِ اَلْهَویٰ * فَإِنَّ اَلْجَنَّهَ هِیَ اَلْمَأْویٰ» (۳).

ص:۹۸۹

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۳۱۵ ۳۲۰.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۵۷.

۳- ۳) سوره النازعات ۷۹: ۴۰ ۴۱.

وعلی الجمله، فکلّ ما دخل من الصفات الرذیله تحت الإختیار حدوثاً أو بقاء توجه نحوه الأمر والنهی، فإن خالف زالت عدالته و ردّت شهادته، ومالم یکن کذلک لم یکن وجوده أو استمراره مخلّاً بالعداله، وهذه هی القاعده الکلیه فی المقام.

ص:۹۹۰

الوصف الخامس: إرتفاع التهمه

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « الخامس: ارتفاع التهمه، ويتحقق المقصود ببيان مسائل» (۱).

أقول: لا ريب في اشتراط انتفاء التهمه عن الشاهد حتى تقبل شهادته، ولا خلاف في ذلك في الجمله، بل في (الجواهر) الإجماع بقسميه عليه، ويدلّ على ذلك النصوص المستفيضه أو المتواتره (۲)، ومنها:

۱ - ابن سنان: « قلت لأبي عبد اللّه عليه السلام: ما يردّ من الشهود؟ قال: فقال: الظنين والمتهم. قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل في الظنين» (۳).

۲ - أبو بصير: « سألت أبا عبداللّه عمّا يردّ من الشهود؟ فقال: الظنين والمتهم والخصم قال: قلت: الفاسق والخائن؟ قال: كلّ هذا يدخل في الظنين» (۴).

۳ - سماعه: « سألته عما يرد من الشهود، فقال: المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والأجير والعبد والتابع والمتهم، كلّ هؤلاء ترد شهادتهم» (۵).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۶۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۳/۱. كتاب الشهادات، الباب ۳۰.

۴- ۴) الكافي ۷: ۳۹۵/۳. عنه: الوسائل ۲۷: ۳۷۳/۳، باختصار.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۸/۳. كتاب الشهادات، الباب ۳۲.

وقد اشتملت هذه النصوص على بعض مصاديق من تردّ شهادته، وعنون الفقهاء أفراداً غير من ذكر فى الأخبار، وبحثوا عن كونها مصاديق للمسأله، وهل ترد شهادات هؤلاء مطلقاً أو فى حالات خاصه؟

فى ضابط التهمه

اشاره

وإذا أمكن إعطاء قاعده كليّه يرجع إليها فى معرفه المصداق وتمييزه عن غيره فهو، وإلا ففى كلّ فرد قام الدليل على مصداقيته من نص أو إجماع فهو، وفى غيره يكون المرجع ما دلّ على قبول شهاده العدل من الكتاب والسنّه.

وقد بحث المحقق قدّس سرّه عن المصاديق فى خمس مسائل، والعلّامه فى (القواعد) فى ست (۱)، وكأنهما يريدان حصر المصاديق فيمن ذكراه فى تلك المسائل.

وتصدّى صاحب (الرياض) قدّس سرّه لإعطاء الضابط فى هذا المقام بقوله:

« التحقيق فى المسأله يقتضى الرجوع إلى إطلاق الأخبار المتقدمه، نظراً إلى أنها بالإضافه إلى مادل على قبول شهاده العدل عموماً وإطلاقاً، إما خاصه فيقيد بها، أو عامه فيصير التعارض بينهما تعارض العموم والخصوص من وجه، وحيث لا مرجّح لأحدهما على الآخر، من إجماع أو غيره، ينبغى الرجوع إلى حكم الاصول، وهو هنا عدم القبول مطلقاً.

ص:۹۹۲

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۹۶، شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.

إلاـ أن يتردد فی التهمه فی بعض الأـفراد، أنهـا هـل هی تهمه أو داخله فی إطلاـق التهمه فی النصوص المانعه عن قبول الشـهاده معها، کما سیأتی من شهاده الوصی والوکیل، فیما لهما الولایه فیه، مع عدم نفع لهما إلا خصوص التصرف فیه، فإن قبول الشهاده فی مثله أوفق بالأصـل، من حیث العموم الـدالّ علیه علی الإطلاـق، مع سـلامته عن معـارضه عموم هـذه الأخبـار، لمـا عرفت من التأمل، إما فی أصل حصول التهمه، أو دخولها فی إطلاق التهمه المذکوره فیها. . .» (۱).

وحاصل ما ذکره عـدم قبول الشـهاده، إلا مع الشک فی تحقق أصل موضوع التهمه، أو فی انـدراج التهمه فی الإطلاق المـذکور فی الأخبار.

ولکن التحقیق أن یقال: بمنع کلّ شـهاده یرجع الشاهـد بها إلی کونه مدعیاً أو منکراً، وإن کان رجوعه إلی ذلک من آثار تلک الشـهاده ولوازمهـا، کمـا هو الحال فی بعض المسائل الآتیه کما سنوضـحه، ثم وجـدنا التصـریح بـذلک فی (مفتاح الکرامه) مع التنبیه علی ما ذکرناه، قال: « فکانت الضابطه فی التهمه ما کان الشاهـد فیها مـدّعیاً ولو فی الأخره، ومنکراً کـذلک، ولا ریب فی أن المدعی لا یقبل قوله. . . وکل ما ذکروه فهو من هذا القبیل. لأن المتهم حیث یجلب نفعاً یصیر کالمدّعی، وحیث یدفع ضرراً یصیر کالمنکر. . .» .

فیکون البحث فی الحقیقه حول الموارد التی یصـیر فیها الشاهـد مدّعیاً أو منکراً ولو بالأخره، فکلّ مورد صار فیه الشاهد کذلک ردّت شهادته، وکلّ مورد لم یکن فیه کذلک قبلت، اللهم إلا إذا ورد نص شرعی یقتضی القبول أو الرد.

ویتم هذا البحث فی مسائل:

ص:۹۹۳

۱- ۱) ریاض المسائل ۱۵: ۲۸۲ ۲۸۳.

المسأله الاولی: (فی شهاده من تجر شهادته نفعاً إلیه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لا تقبل شهاده من یجرّ بشهادته نفعاً» (۱).

أقول: یدلّ علی ذلک بصراحه ما روی عنه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم من أنه « نهی أن تجاز شهاده الخصم والظنین والجارّ إلی نفسه» (۲)شهاده.

وقد ذکر المحقق لمن تجرّ شهادته نفعاً إلیه أربعه أمثله:

فالأول: الشریک

قال: « کالشریک فیما هو شریک فیه» .

أقول: قیّده جماعه بما إذا اقتضت الشهاده المشارکه له فیه، دون ما إذا لم یقتض ذلک فتقبل، وقد مثّلوا للأوّل بأن یقول « هو بیننا» ، وللثانی: بما إذا شهد بأن له نصفه، وبعباره اخری: إن تعرض فی شهادته إلی ما یرجع إلی نفسه فلا تقبل وإلا فتقبل، وإن کان مرجع کلتا الشهادتین إلی معنی واحد.

أقول: إن الشهاده للشریک إن رجعت إلی شهاده المدّعی فیما یجرّ النفع إلی نفسه، فلا حاجه إلی التمسک لعدم القبول بأخبار « المتهم» ، لوضوح أن « البینه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.

۲- ۲) مستدرک الوسائل ۱۷: ۴۳۱/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

على المدّعى واليمين على من أنكر» لكن إذا كانت العلّه فى المنع كونه مدّعياً كما فى (كشف اللثام) وغيره (1)فإن ذلك يكون بالنسبه إلى النصف الذى يرجع إلى نفسه دون الذى يرجع إلى أخيه، فالتعليل أخصّ من المدّعى، وإن كانت العلّه جرّ النفع إلى نفسه، ففيما إذا شهد بأن له نصفه يوجد جر النفع كذلك، فلا وجه للتفصيل.

فالأقوى: عدم القبول فى مطلق ماله فيه نصيب، كما فى الخبر: عن أبان: « سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلا فى شيء له فيه نصيب» (2).

فإن هذا الخبر صادق على ما إذا قال: « هو بيننا» أو شهد بأن له نصفه.

وعن عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه قال: « سألت أبا عبد اللّه عن ثلاثه شركاء، شهد اثنان عن واحد، قال: لا تجوز شهادتهما» (3)وهو وإن كان سؤالاً عن قضيه شخصيه، وليس فيه ذكر لكيفيه الشهاده، إلا أن الامام عليه السلام أجاب بعدم الجواز من دون استفصال، وهذا ظاهر فى عدم القبول مطلقاً، وهو حكم تعبدى، وليس من جهه كونه جرّ نفع إلى نفسه.

ويدلّ على عدم قبول شهاده الشريک مطلقاً: ما عن سماعه قال: « سألته عمّا يرد من الشهود، قال: المريب والخصم والشريک. . . كلّ هؤلاء ترد شهاداتهم» (4).

ص:995

1- 1) كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام 10: 303، مجمع الفائده والبرهان 12: 383 384.

2- 2) وسائل الشيعه 27: 370/3. كتاب الشهادات، الباب 27.

3- 3) وسائل الشيعه 27: 369/1. كتاب الشهادات، الباب 27.

4- 4) وسائل الشيعه 27: 378/3. كتاب الشهادات، الباب 32.

والثانى: صاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه

قال: « وصاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه» (١).

أقول: إذا شـهد صاحب الدين للمحجور عليه بمال يتعلق دينه به وعينه باقيه، كأن يشهد بأن هذا المحجور عليه قد اشترى منه هذا الكتـاب، لم تقبـل شـهادته، لأـن المفروض كونه غريمـاً، فإذا قبلت شـهادته أخـذ الكتاب الـذى باعه من المحجور عليه، من غير تقسيم له بينه وبين سائر الغرماء، وهذا نفع قد ترتب على هذه الشهاده.

هذا إذا كان المدين محجوراً عليه.

وهل تقبل قبل الحجر عليه؟ قيل: تقبل مطلقاً. وقيل: لا تقبل إن كان معسراً، لأن أثر الشهاده حينئذ ليس إلا إثبات المطالبه لنفسه، لأن المعسر ينظر ولا يطالب.

قلت: ليس إثبات المطالبه لنفسه نفعاً تردّ به الشهاده، بل يترتب على هذه الشهاده ملكيه المعسر للشيء، ولا يجب عليه أداء الدين منه، كما لا يجوز على الدائن المطالبه ما دام معسراً.

فالقول الأوّل هو الظاهر.

والثالث: شهاده السيد لعبده

قال: « والسيد لعبده المأذون» (٢).

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٢٩.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٢٩.

أقول: وجه ذلك هو: أن العبـد وما فى يـده لمولاه، فإذا شـهد له كانت الشـهاده لنفسه، ولـذا اختلفوا فى الشـهاده للعبد المكاتب على قولين، فقيل: بالقبول، لانتفاء سلطنته عنه، وقيل: بالعدم، لظهور التهمه بعجز العبد خصوصاً المشروط.

قلت: هـذه شـبهه مصـداقيه للعجز، لتكافؤ احتمال العجز مع احتمال عـدمه، والمرجع بعـد عدم إمكان الرجوع إلى عمومات قبول شهاده العدل، ولا عمومات عدم قبول شهاده المتهم هو أصاله عدم قبول الشهاده.

فالأقوى: القول الثانى لما ذكرنا، لا لما ذكروه.

والرابع: شهاده الوصى فيما هو وصى فيه

قال: « والوصى فيما هو وصى فيه» (۱).

أقول: لو أوصـى الميت إلى أحـد بـأن يصـرف ثلث مـاله فى كـذا، فوقع النزاع فى شـىء من الأموال، فإن كان المال للميت كان للوصـى الولا ـيه على ثلثه بحسب الوصـيه، وإلا ـ كـان كلّه لمن يـدّعى ملكيته، فهل تقبل شـهاده الوصـى بكون المال للميت أولا تقبل؟

قال المحقق قدّس سرّه: بعدم القبول، لأن أثر هذه الشهاده دخول المال فى ولايته، فيعمها ما دلّ على عدم قبول الشهاده فى شىء يكون للشاهد فيه نصيب.

وفصّل بعضـهم: بأنه إن كان الموصـى قد عيّن للوصى شيئاً من الثلث مثلًا فى مقابل قيامه بالوصيه، ردّت شهادته، لكونها مصداقاً لجرّ النفع، وإن لم يكن له شىء بأزاء سعيه قبلت.

ص:۹۹۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.

قلت: هـذا يتوقـف على تمـاميه ظهور «النفع» فى النفع المـالى الـدنيوى، وانصـرافه عن النفع الاُخروى، أو الولائى، وإلا ـ لم يتم التفصيل.

وقيل: بالقبول إذا لم يكن له شـىء، بشرط أن لا يكون الوصى مدّعياً، لكن الوصى وكذا الوكيل يقومان مقام الموصى والموكّل فى الدعوى مسامحه عرفيّه.

قلت: نعم، الوصـى ينزّل بمنزله الموصـى وكذا الوكيل بالنسـبه إلى موكّله فى كلّ ما يقبل الوصايه والوكاله، لكن الشهاده ليست من الامور القابله لذلک، فلا ينزل منزلته فيها، حتى يكون شهادته منزله بمنزله شهاده الموصى والموكّل فلا تقبل شهادته.

والذى يمكن أن يقال فى وجه عدم قبول الشـهاده هو: إن ولايه هذا الوصـى على هذا المال متقومه بأمرين، أحدهما: كون المال ملكاً للميت، والآخر: كونه وصـيّاً من قبل الميت فى هـذا المال، فإذا انتفى أحد الأمرين انتفت ولايته على المال، وعلى هذا، فإذا شهد بكون المال للميت، فهو فى مقام إثبات الولايه لنفسه على هذا المال، وهذا نفع، فلا تقبل هذه الشهاده.

وكـذا الأـمر لو ادّعى أحـد الورثه مـالكيّه الأـب للمال وشـهد الوصـى بها، فلا تقبل هـذه الشـهاده خلافاً للجواهر لأنه وإن تعـدّد المدّعى والشاهد، لكن لازم شهاده الوصى ثبوت ولايته على المال، وهى لا تثبت بشهاده مدّعيها كما عرفت.

فتلخص: أنه لا ـ فرق فى عـدم القبـول، بين أن يشـهد الشاهـد فى نفع، أو بشـىء يحقق موضوع النفع، كمـا هو الشـأن فى شـهاده الوصـى فيمـا هو وصـى فيه، سواء كان له أجر على الوصـيه أو لا، وكـذا لا فرق بين أن يكون وكيلًا أو وصـياً فى الـدعوى أو لم يكن.

هذا كلّه بقطع النظر عن مكاتبه الصفار إلى أبى محمد عليه السلام: هل تقبل

شهاده الوصی للمیت بدین له علی رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: « إذا شهد معه آخر عدل، فعلی المدّعی یمین» (۱)وظاهرها کون المدعی غیر الوصی، فإذا شهد الوصی مع عدل آخر قبلت، وأما الیمین، فلعلّها للإستظهار والإحتیاط، وکیف کان، فالشهاده مقبوله.

لکن فی (کشف اللثام) : « لیس فیه إلا أن علیه الشهاده، وأمّا قبولها فلا» (۲)ولعلّه قال ذلک بالنسبه إلی جواب السؤال الثانی فی المکاتبه: وکتب: أیجوز للوصی أن یشهد لوارث المیت صغیراً أو کبیراً، وهو القابض للصغیر ولیس للکبیر بقابض؟ فوقّع علیه السلام: « نعم، وینبغی للوصی أن یشهد بالحق ولا یکتم الشهاده» (۳)من جهه أن السؤال والجواب عن الجواز لا القبول.

لکن الظاهر هو القبول، ویشهد بذلک قوله: « وینبغی. . .» وإلا لغا الأمر بالشهاده والنهی عن الکتمان.

وبالجمله، فإن الخبر ظاهر فی القبول، ولا أقل من ظهوره فی القبول فی صوره التعدّد عرفاً بین الشاهد والمدعی التی قال صاحب (الجواهر) فیها بالقبول (۴).

إلا أن الإشکال هو إعراض الأصحاب عن العمل به کما هو صریح صاحب (الجواهر) (۵).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۱/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۸.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۳۰۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۱/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۸.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۶۸.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۶۹.

فالأقوى عدم القبول.

هذا كلّه فی شهاده من یجرّ بشهادته نفعاً.

عدم قبول شهاده من یستدفع بها ضرراً

قال المحقق: « وکذا لا تقبل شهاده من یستدفع بشهادته ضرراً، کشهاده أحد العاقله بجرح شهود الجنایه، وکذا شهاده الوکیل والوصی بجرح شهود المدعی علی الموصی أو الموکل» (۱).

أقول: قال العلامه فی (القواعد) : إن من الشهاده الممنوعه أیضاً أن یشهد أن فلاناً جرح مورثه (۲). وأضاف کاشف اللثام: فإنه یثبت الدیه لنفسه أو القصاص إن شهد بعد الموت أو قبله والجراحه لم یندمل مع احتمال السریان عاده، أو نص الشاهد باحتمال السریان وإن لم تسر ولم یستوعب الدین ترکته التی منها الدیه، إن قلنا بتعلق حق الدیان بأعیانها (۳).

قال فی (الجواهر) بعد نقله: وفیه نظر (۴).

أقول: لا ـ إشکال فی أصل المطلب، لأـنه إذا شهد بالجنایه فقد شهد بموضوع استحقاق الدیه أو حق القصاص لنفسه، وهذه الشهاده غیر مقبوله، لتحقق التهمه، لأنها فی الحقیقه فی حق النفس، فلا تقبل، بل إن السبب فی جعل إقامه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.
۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۶.
۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۳۰۴ ۳۰۵.
۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۶۹.

البينه علی المدّعی فی قولهم علیهم السلام: « البینه علی المدعی» (۱)هو التهمه، إلا إذا کان المدعی معصوماً، فلا یطلب منه البینه لعدم التهمه.

ولو شهد بمال لمورثه المجروح ولو جراحه ساریه عاده، أو المریض مرضاً یعلم موته فیه، قبل مالم یمت قبل الحکم، لعموم الأدله، ولا یقدح الانتقال إلیه بعد الموت. والفرق بین هذا وسابقه هو أن أثر الشهاده فی الأوّل فی ما بعد الموت، فلیس هو إلا مدّعیاً لنفسه الدیه أو القصاص، بخلاف الثانی فإن المال فعلاً للمورّث.

۱- ۱) وسائل الشیعه: ۲۷/۲۳۳. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۳.

المسأله الثانيه: (فى أن العداوه الدينيه لا تمنع القبول)

قال المحقق قدّس سرّه: « العداوه الدينيه لا تمنع القبول، فإن المسلم تقبل شهادته على الكافر» (۱).

أقول: إن العداوه الدينيه ليست من أسباب التهمه، ولا توجب الفسق، بل هى واجبه بالكتاب والسنّه، فلا كلام فى قبول شهاده المسلم على الكافر، والمحق على المبتدع، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه.

قال: « أما الدنيويه فإنها تمنع، سواء تضمنت فسقاً أو لم تتضمن (۲). . .» (۳).

أقول: إن العداوه الدنيويه للمؤمن بل لغيره أيضاً كما احتمله بعضهم من موانع قبول الشهاده، لأنها من أسباب التهمه، فتدلّ على هذا الحكم النصوص المتقدّمه فى أوّل الباب، وخصوص ما اشتمل منها على لفظ « الخصم» .

وفى (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه (۴).

وفى (المسالك) : من أسباب التهمه العداوه الدنيويه، فلا يقبل شهاده العدوّ

ص:۱۰۰۲

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۷۰.
۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۷۰.

على عدوّه عندنا وعند أكثر العامه (۱). وفى الخلاف الإستدلال له بما روى طلحه بن عبيد اللّه قال: أمر رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم منادياً فنادى: « لا تقبل شهاده خصم ولا ظنين والعدوّ منهم. وقال عليه السلام: « لا تقبل شهاده الخائن والخائنه ولا الزانى ولا الزانيه ولا ذى غمره على أخيه (۲)، وذو الغمر من كان فى قلبه حقد أو بغض (۳)» (۴).

وعلى الجمله، فلا كلام فى هذا الحكم، إنما الكلام فى معنى قول المحقق: « سواء تضمنت فسقاً أو لم تتضمن، وتتحقق العداوه بأن يعلم من حال أحدهما السرور بمساءه الآخر والمساءه بسروره، أو يقع بينهما تقاذف» .

فإن ظاهر هذا الكلام اجتماع « العداله» مع « العداوه» مع أنه قد قال سابقاً بكون بغضه المؤمن معصيه، وأن التظاهر بها قادح فى العداله، فالتجأ العلماء إلى توجيه العباره وحملها على نحو لا ينافى ما تقدّم منه، إلا أنا ذكرنا هناك بأن الحب والبغض والحسد ونحوها صفات قلبيّه، وهى بمجردها ليست بمعاص ولا تضرّ بالعداله.

وهنا نقول: إن المستفاد من بعض الآيات فى القرآن الكريم هو اجتماع العداوه

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۹۱.
۲- ۲) السنن الكبرى ۱۰: ۲۰۲. بتفاوت يسير.
۳- ۳) السنن الكبرى ۱۰: ۱۵۵. بتفاوت يسير، سنن ابى داود ۴: ۳۶۰۱/۲۰. بتفاوت يسير.
۴- ۴) کتاب الخلاف: ۶/۲۹۶، المسأله ۴۳.

مع العداله حتی مع إظهارها، إن کانت العداوه مسببه عن ظلم أو إیذاء، قال تعالی: «لاّ یُحِبُّ اَللّهُ اَلْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ اَلْقَوْلِ إِلاّ مَنْ ظُلِمَ» (۱). وفی قصه ابنی آدم: «إِنِّی أُرِیدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِی وَ إِثْمِکَ فَتَکُونَ مِنْ أَصْحابِ اَلنّارِ وَ ذلِکَ جَزاءُ اَلظّالِمِینَ» (۲).

فالعداوه إن کانت مستنده إلی ظلم ونحوه لا تنافی « العداله» وإن کان هذا الشخص مورداً للتهمه عرفاً ویکون المشهود علیه الموجب للعداوه بظلمه فاسقاً، ولو وقع بینهما تقاذف کان البادی هو الظالم کما قیل، ولو وقعت العداوه بینهما لا عن سبب صحیح مقصود، کأن یکون عن شبهه أو خطأ، لم تقدح فی عداله واحد منهما.

ولو قذف المشهود علیه الشاهد قبل الشهاده أو آذاه حتی یکون مصداقاً للعدوّ فتردّ شهادته علیه، قبلت شهادته إن لم یرد علی الأذی بشیء، وإن کانت التهمه موجوده، ویمکن أن یقال بعدمها، من جهه أن من یتحمل الأذی ولا یرد علیه بشیء لعدالته وشده حمله، لا یحمله البغض الحاصل من الأذی علی الشهاده بخلاف الواقع، فهو خارج عن مورد الإتهام عرفاً.

هل تقبل شهاده رفقه الطریق علی اللّصوص؟

قال المحقق: « وکذا لو شهد بعض الرفقاء لبعض علی القاطع علیهم الطریق، لتحقق التهمه» (۳).

أقول: « التهمه» هنا إمّا من جهه أن هذا البعض یشهد للآخر حتی یشهد ذاک لهذا، وإمّا من جهه أنه یشهد بهذه الشهاده لکی یدفع التهمه والشبهه عن نفسه.

ص:۱۰۰۴

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۱۴۸.

۲- ۲) سوره المائده ۵: ۲۹.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۲۹.

وقد نسب ما ذهب إليه المحقق إلى المشهور (١)، قالوا: وبذلک ينجبر ضعف خبر محمد بن الصلت الدالّ على هذا الحكم، قال: « سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رفقه كانوا فی طريق، فقطع عليهم الطريق، وأخذوا اللصوص، فشهد بعضهم لبعض، قال: لا تقبل شهادتهم إلا بإقرار من اللصوص أو شهاده من غيرهم عليهم» (٢).

وهذا الخبر مطلق، يعم ما إذا اخذ من الشهود شیء أولم يؤخذ، مع أنه إذا لم يؤخذ فالتهمه منتفيه، وما إذا شهد البعض الآخر لمن شهد أو لا، وما إذا تعرض الشهود فی شهادتهم لأخذ اللصوص شيئاً منهم أو لا، وما إذا صرح الشهود فی شهادتهم بالأعيان المأخوذه من كلّ واحد من الرفقه أو كانت الشهاده مجمله.

فالخبر مطلق يعم جميع الصور، وكذا عباره المحقق والعلّامه (٣).

لكن قيل بالقبول بالنسبه إلى الغير فقط، فيما إذا كان الشاهد مأخوذاً كذلک، وتعرض فی شهادته لما أخذ منه أيضاً.

قلت: الخبر وإن احتمل كونه فی قضيه شخصيه خارجيه، لكن ترک الإمام عليه السلام الاستفصال يدلّ على العموم، وأما إن كانت قضيه مفروضه، فالكلام مطلق.

وعن (الدروس) : وكذا تقبل شهاده رفقاء القافله على اللصوص إذا لم يكونوا مأخوذين. ولو أخذ الجميع فشهد بعضهم لبعض ولم يتعرضوا لذكر ما أُخذ لهم فی شهادتهم، قيل: لا يقبل، والقبول قوی، وما هو إلا كشهاده بعض غرماء

ص:١٠٠٥

١- ١) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٣٩١، جواهر الكلام ٤١: ٧٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٩/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٧.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

المدیون لبعض، وکما لو شهد الاثنین بوصیه مشترکه من ترکه، وشهد المشهود لهما للشاهدین بوصیه منهما (۱).

قال فی (الجواهر) : بل مقتضـی قبوله الشهاده المبعضه القبول هنا لو تعرضوا فی الشهاده الی ما أُخذ منهم، فترد حینئذ فیما یتعلق بهم، وتقبل فی الآخر، ولذا حکاه عنه فی (المسالک) فی الفرض المزبور (۲).

وعلی کلّ حال، ففیه مع أنه کالإجتهاد فی مقابله النص المعمول به إن الفرق بین المقامین واضح، ضروره تحقق العداوه فی الأوّل، بخلاف المثالین.

هذا، وینبغی أن یعلم کون الشهاده فیما ذکر من الصور خالیه من الإشکال، وجامعه لشرائط القبول فی حدّ نفسها بغض النظر عن الإتهام، فمثلاً: إذا لم یعین الشاهد الشیء المسروق وقلنا بعدم سماع الشهاده المجمله، کان الإجمال مانعاً من قبولها، من قبل أن یبحث عن تحقق التهمه وعدمه، وعلی هذا، فلا وجه لحمل الخبر علی الصوره التی فیها مانع عن القبول فی حدّ نفسها.

ص:۱۰۰۶

۱- ۱) الدروس الشرعیه ۲: ۱۲۷. وعنه جواهر الکلام ۴۱: ۷۳. بتفاوت یسیر.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۷۳. ولم أعثر علی ما حکاه عن المسالک، بل یوجد فی الدروس ۲: ۱۲۸.

المسأله الثالثه: (فی شهاده الأنسباء)

قال المحقق قدس سره: « النسب وإن قرب لا یمنع قبول الشهاده، کالأب لولده وعلیه، والولد لوالده، والأخ لأخیه وعلیه، وفی قبول شهاده الولد علی والده خلاف، والمنع أظهر» (۱).

أقول: إن القرابه وإن کانت موجبه للتهمه فی الجمله، ولکن لا دلیل علی أنّ هذه التهمه مانعه عن قبول الشهاده، إذ لیس کلّ تهمه بمانعه، بل خصوص التهمه الوارد فیها النص. . . فهذا هو الحکم الکلّی، والکلام فی المسأله فی موارد:

۱ – فی شهاده الوالد لولده وبالعکس والأخ لأخیه

أمّا شهاده الوالد لولده وعلیه والولد لوالده، والأخ لأخیه وعلیه، فیدلّ علی القبول یها العمومات والإطلاقات، ولا خلاف فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه کما فی (الجواهر) (۲)، وهناک نصوص خاصه، فیها المعتبر سنداً والصریح دلاله، ومنها:

۱ – الحلبی: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: تجوز شهاده الولد لوالده،

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۰.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۷۴.

والوالد لولده، والأخ لأخيه» (۱).

۲ - سماعه قال: « سألته عن شهاده الوالد لولده، والولد لوالده، والأخ لأخيه. قال: نعم» (۲).

۲ - فی شهاده الولد علی والده

أمّا شهاده الولد علی والده، ففی قبولها خلاف بین الأصحاب علی قولین، فالمشهور هو المنع، والمحکی عن المرتضی (۳)وابن الجنید (۴)هو القبول، قیل: وقد مال إلیه أکثر المتأخرین.

استدلّ للمنع بوجوه:

الأول: الإجماع، فقد حکی دعوی الإجماع علیه عن (الموصلیّات) (۵)للسید و (الخلاف) (۶)للشیخ و (الغنیه) (۷)لابن زهره و (السرائر) (۸)لابن ادریس.

والثانی: قوله تعالی: «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ» (۹). قال فی (الإیضاح) : یدلّ علی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۷/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۸/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۶.

۳- ۳) إیضاح الفوائد ۴: ۴۲۷، الدروس ۲: ۱۳۲، المهذب البارع ۴: ۵۲۰، الإنتصار: ۴۹۶ / المسأله ۲۷۳.

۴- ۴) راجع مختلف الشیعه ۸: ۴۹۴، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۹۵، جواهر الکلام ۴۱: ۷۵ ۷۶.

۵- ۵) الموصلیات (رسائل المرتضی) ۱: ۲۴۶، عنه ریاض المسائل ۱۵: ۲۹۰ وجواهر الکلام ۴۱: ۷۴.

۶- ۶) کتاب الخلاف ۶: ۲۹۶ / مسأله ۴۴، عنه فی الریاض ۱۵: ۲۹۰ وجواهر الکلام ۴۱: ۷۴.

۷- ۷) غنیه النزوع ۲: ۴۴۰. وعنه فی الریاض ۱۵: ۲۹۰، وجواهر الکلام ۴۱: ۷۴.

۸- ۸) السرائر ۲: ۱۳۴. وعنه فی الریاض ۱۵: ۲۹۰، وجواهر الکلام ۴۱: ۷۴.

۹- ۹) سوره الاسراء ۱۷: ۲۳.

تحريم تكذيبه، وأداء الشهاده عليه مظنه تكذيبه وأذاه، فيكون منهياً عنها، فلا تقبل (۱).

والثالث: قوله تعالى: «وَ إِنْ جاهَداكَ عَلى أَنْ تُشْرِكَ بِي ما لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلا تُطِعْهُما وَ صاحِبْهُما فِي اَلدُّنْيا مَعْرُوفاً» (۲). قال فی (الإيضاح) : وإذا حرم عليه أذاهما على الكفر ففی الشهاده عليه أولى (۳).

والرابع: الأخبار، ففی (الخلاف) نسبه المنع إلى أخبار الفرقه (۴)، ويدلّ عليه مرسله الصدوق: « لا تقبل شهاده الولد على والده» (۵)وضعفها منجبر بعمل الأصحاب.

واستدلّ للقبول بالكتاب والسنّه:

فمن الكتاب: قوله تعالى: «يا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ. . .» (۶).

وقد أُورد على الإستدلال بها: بأن الإقامه أعم من القبول (۷).

وأُجيب: بأنه لولا القبول كان الأمر بالإقامه لغواً (۸).

وأُجيب: بعدم انحصار الفائده فی القبول حتى تلزم اللغويه بدونه (۹).

۱- ۱) إيضاح الفوائد ۴: ۴۲۷.

۲- ۲) سوره لقمان ۳۱: ۱۵.

۳- ۳) إيضاح الفوائد ۴: ۴۲۷.

۴- ۴) كتاب الخلاف: ۶/۲۹۷ المسأله ۴۴.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۶۹/۶. كتاب الشهادات، الباب ۲۶.

۶- ۶) سوره النساء ۴: ۱۳۵.

۷- ۷) مختلف الشيعه ۸: ۴۹۵، جواهر الكلام ۴۱: ۷۵.

۸- ۸) المهذب البارع ۴: ۵۲۱، مسالك الأفهام ۱۴: ۱۹۶، مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۴۰۶ بالفاظ مختلفه.

۹- ۹) مستند الشيعه ۱۸: ۲۵۰.

قال فى (المختلف) : فائدته تذكّر الأب لو كان ناسياً أو مشتبهاً عليه فيزيل اشتباهه (۱).

قال فى (الايضاح) : وفيه نظر، لأن الأمر بالإقامه مع عـدم القبول لا يجتمعان، لأن المفهوم والمقصود من الأمر بالإقامه هو القبول (۲).

وبهذا يندفع ما ذكره صاحب (المستند) من أنه ليست الآيه صريحه ولا ظاهره فى الأمر بالإقامه (۳).

فالإنصاف: دلالتها على وجوب الإقامه، وأن الإشكال بعدم الملازمه بين الإقامه والقبول ضعيف، وأن الفوائد المذكوره نادره.

ومن السنّه: عمومات قبول شهاده العدل، وخصوص الخبرين:

۱ - على بن سويد: « عن أبى الحسن عليه السلام فى حديث: « فأقم الشهاده للّه ولو على نفسك أو الوالدين والأقربين فيما بينك وبينهم، فإن خفت على أخيك ضيماً فلا» (۴).

۲ - داود بن الحصين: « سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: أقيموا الشهاده على الوالدين. . .» (۵).

ص:۱۰۱۰

۱- ۱) نقل عنه ابنه فى الإيضاح ۴: ۴۲۷.

۲- ۲) إيضاح الفوائد ۴: ۴۲۷.

۳- ۳) مستند الشيعه ۱۸: ۲۴۹.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۵/۱. كتاب الشهادات، الباب ۳.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۴۰/۳. كتاب الشهادات، الباب ۱۹. فيه « ذبيـان بن حكيم الاودى» وهو مهمل فى كتب الرجال، وفى معجم رجال الحديث ۸/۱۵۵: قيـل إن فى روايه الأجلاء عنه دلاله على وثاقته وجلالته، ولكن قـد مرّ ما فى ذلك غير مره، ولكنه مع هذا وصف الخبر فى المبانى (مبانى تكمله المنهاج ۱: ۹۷) بالصحيحه!

هذا، مضافاً إلى أنه ليس إظهار الحق موجباً للعقوق ومنافياً للصحبه والمعاشره بالمعروف، بل هو عين المعروف، بل هو مأمور به، ففى الحديث: « أُنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً. قيل: يا رسول اللّه، كيف أنصره ظالماً؟ قال: تردّه عن ظلمه، فذاك نصرك إياه» (١).

على أن ما ذكروه منقوض بقبول الشهاده على الاُم.

أقول: والأظهر هو القول الأوّل، والعمده هو الإجماع، فإن لم يثبت فلا أقل من الشهره العظيمه، وهى جابره للمرسله، فتصلح لتخصيص قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ. . .» (٢)بأن يكون المراد منها: إنّه يجب على المؤمنين تقديم حق اللّه على أنفسهم وعلى الوالدين فضلاً عن سائر الناس، إلا فى خصوص الشهاده على الأب فلا يشهدون، كما أن الشهره موهنه لخبرى على بن سويد وداود بن الحصين، بناء على تماميه السند فى الثانى منهما.

فالأظهر هو القول الأول وفاقاً للمشهور والمحقق. قال: « سواء شهد بمال أو بحق متعلق ببدنه كالقصاص والحد» (٣).

أقول: هذا إشاره إلى خلاف بعض العامه حيث قال بالتفصيل، محتجاً كما فى (المسالك) بأنه لا يجوز أن يكون الولد سبباً لعقوبه الأب، كما لا يقتص به ولا يحدّ بقذفه (۴). أى: كما لا يقتل الوالد فى الولد، كذلک لا تقبل الشهاده منه الموجبه لقتل الوالد.

١- ١) مسالک الأفهام ١۴: ١٩۵، جواهر الكلام ۴١: ٧۶. وفى مسند أحمد ٣: ٢٠١، السنن الكبرى ۶: ٩۴.

٢- ٢) سوره النساء ۴: ١٣۵.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴: ١٣٠.

۴- ۴) مسالک الأفهام ١۴: ١٩٧.

ولكنه قياس باطل.

ثم إنه هل يتعدّى الحكم إلى من علا من الآباء، ومن سفل من الأبناء أو لا؟

قال العلّامه: وفی مساواه الجدّ للأب وإن علا للأب إشكال (۱).

أقول: وجه الإشكال هو الشك فی صدق « الوالد» علی « الجد» ، وفی صدق « الولد» علی « ولد الولد» . أما علی القول بالقبول، فلا إشكال فی قبولها علی الجد بالأولويّه.

والتحقيق أن يقال: إن كان المستند للحكم بالمنع هو الإجماع، أمكن القول بعدم التعدی، أخذاً بالمتيقن من الدليل اللبی، وإن كان المستند هو الخبر المنجبر، جاء الإشكال من حيث الصدق وعدمه، لكنه فی غير محلّه، فقد رتّب الشارع الأحكام من غير فرق بين الأب والجد، وبين الابن وابن الابن، فقد حرّم بقوله تعالی: «وَ لاٰ تَنْكِحُوا مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ» (۲)علی الابن منكوحه الأب والجد، وبقوله تعالی: «وَ حَلاٰئِلُ أَبْنٰائِكُمُ» (۳)علی الأب حليله الابن وابن الابن.

اللهم إلا أن يقال: بأن مقتضی العمومات من الكتاب والسنّه هو قبول الشهاده علی كلّ أحد، خرج منه خصوص الأب بلا واسطه بسبب الخبر، وخروج غيره موقوف علی دليل، وإذ ليس، فالمتيقن هو الأب الأدنی.

۳ - فی شهاده الزوجه لزوجها وبالعكس

قال المحقق: « وكذا تقبل شهاده الزوج لزوجته والزوجه لزوجها مع غيرها

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۴۹۶.

۲- ۲) سوره النساء ۴: ۲۲.

۳- ۳) سوره النساء ۴: ۲۳.

من أهل العداله. ومنهم من شرط فی الزوج الضميمه كالزوجه، ولا وجه له» (1).

أقول: ومن موارد التهمه شهاده كلّ من الزوجين للآخر، لكن لا كلام ولا خلاف كما فی (المسالك) فی القبول، لضعف التهمه مع العداله، قال: لا خلاف عندنا فی قبول شهاده كلّ من الزوجين للآخر، لوجود المقتضی وانتفاء المانع، وضعف التهمه مع وصف العداله (2).

أما الشهاده عليه، فتكون مقبوله بالأولويه لعدم التهمه.

والدليل على قبول الشهاده من كلّ للآخر هو العمومات والإطلاقات، وخصوص النصوص:

١ – الحلبی: « عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: تجوز شهاده الرجل لامرأته والمرأه لزوجها إذا كان معها غيرها» (3).

٢ – عمار بن مروان: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام أو قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل يشهد لامرأته. قال: إذا كان خيراً [آخر] جازت شهادته معه لامرأته» (4).

٣ – سماعه فی حديث قال: « سألته عن شهاده الرجل لامرأته، قال: نعم. والمرأه لزوجها؟ قال: لا، إلا أن يكون معها غيرها» (5).

إنما الكلام فی اشتراط الضميمه وعدمه، فالأصحاب فيه على أقوال:

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٣.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١۴: ١٩٧.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۶۶/١. كتاب الشهادات، الباب ٢۵.

۴- ۴) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۶۶/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢۵. بتفاوت.

۵- ۵) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۶٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢۵.

الأول: عدم الإعتبار مطلقاً، وهو مختار صاحبى (المسالک) و (کشف اللثام) (۱)ولم یستبعده صاحب (الجواهر) ونسبه إلى المحکى عن المتأخرين کافه، وظاهر أکثر القدماء (۲).

والثاني: الإعتبار مطلقاً، وهو المحکى عن الشيخ فى (النهايه) (۳)والقاضى (۴)وابن حمزه (۵).

والثالث: التفصيل بين الزوجه فيعتبر، والزوج فلا يعتبر. وعليه المحقق (۶).

أقول: النصوص المذکوره ظاهره أو صريحه فى القول الثالث.

واستدلّ للقول الثانى بصحيحه الحلبى، باعتبار أن مرجع الضمير فى « غيرها» هو « الشهاده» لا « الزوجه» فيكون المعنى: اشتراط وجود غير الشاهد، سواء کان الشاهد الزوج أو الزوجه، فى قبول الشهاده. وفيه:

أولاً: إن الخبر فى نسخه: « لا، إلا إذا کان معها غيرها» فيختص الحکم بالزوجه.

وثانياً: إرجاع الضمير إلى « الشهاده» خلاف الظاهر.

وثالثاً: إنه ينافى التصريح بالتفصيل فى موثقه سماعه.

إلا أن يجعل قوله: « نعم» مجرد خطاب، کما هو متعارف فى المحاورات، لا

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۹۴، کشف اللثام ۱۰: ۳۰۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۷۹.

۳- ۳) النهايه: ۳۳۰. وعنه رياض المسائل ۱۵: ۲۹۵، جواهر الکلام ۴۱: ۷۸.

۴- ۴) المهذب ۲: ۵۵۷ و۵۵۹. وعنه رياض المسائل ۱۵: ۲۹۵، جواهر الکلام ۴۱: ۷۸.

۵- ۵) الوسيله: ۲۳۱. وعنه رياض المسائل ۱۵: ۲۹۵، جواهر الکلام ۴۱: ۷۸.

۶- ۶) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۰، المختصر النافع: ۲۷۹.

جواباً للسؤال الأول، فيكون الجواب للسؤالين قوله عليه السلام: « لا إلا أن يكون معها أى الشهاده غيرها» وفيه:

أولاً: ما تقدم من أن إرجاع الضمير إلى « الشهاده» خلاف الظاهر.

وثانياً: حمل « نعم» على ما ذكر خلاف الظاهر.

وثالثاً: إنه ينافى ما فى خبر عمار بن مروان، بناء على نسخه « خيراً» .

واستدلّ للقول الأول بعد تضعيف الثانى بأن الشرط: « إذا كان. . .» فى الخبرين وارد مورد الغالب، مع عدم ثبوت الحق بالمرأه منفرده ولو مع اليمين، إلّا نادراً كما فى الوصيه، بخلاف الزوج الذى يثبت الحق بشهادته مع اليمين، فلا يصلح الخبران حينئذ لتخصيص عمومات الأدلّه. والحاصل هو: التمسک بعمومات أدلّه قبول الشهاده، بعد حمل الشرط فى الخبرين على مورد الغالب، لعدم امكان إبقاء « الغير» على ظاهره من الإطلاق، بأن يكفى فى قبول شهاده الزوجه عدم كونها منفرده، ولعدم إمكان حمله على ما يكمل به العدد المعتبر فى كلّ مورد، فلا يبقى فرق بين شهادتها على زوجها أو على غيره، إذ يسئل حينئذ عن الوجه فى تخصيص هذا الشرط بالزوجه دون الزوج.

لكن يرد على حمل الشرط على الغلبه دون الإحتراز:

أوّلاً: إن كون موارد قبول شهاده المرأه منفرده أقل من موارد قبول شهاده الرجل وحده غير معلوم، إذ لا ينحصر قبول شهادتها كذلك بباب الوصيه، بل يقبل قولها فى موارد أخرى سيأتى ذكرها، ومن أهمّها كلّ ما لا يعرف إلا من قبلها، وما لا يستطيع الرجال النظر إليه.

وثانياً: إن وجود كلمه « لا» يمنع من الحمل على الغلبه، فقد نفى الامام عليه السلام القبول لو كانت منفرده ثم قال: إلا أن يكون. . . ولذا لو سئل الامام عليه

السلام عن نكاح الربائب فأجاب بقوله: لا إلا أن لا تكون فى الحجور، كان ظاهراً فى الإحتراز وإن كان قيداً غالبياً.

فالحاصل: عدم تماميه هذا الحمل، كحمله على أنه ناظر إلى مواضع قبول شهادتها بدون ضميمه كباب الوصيه، بأن تكون شهادتها مقبوله إن كانت متعلقه بوصيه للغير، وأما إن كانت متعلقه بوصيه من زوجها، فلا تقبل إلا مع الضميمه، لكونه خلاف الظاهر، فإن الشرط ظاهر فى عدم القبول مطلقاً، وحمله على الموارد النادره غير تام.

فالأولى أن نقول: إن الفرق المذكور حكم تعبدى، وإن ذكر المحقق له وجهاً بقوله: « ولعلّ الفرق إنما هو اختصاص الزوج بمزيد القوه فى المزاج أن تجذبه دواعى الرغبه» (١).

أى: بخلاف الزوجه، فإنها ليس لها هذه المرتبه غالباً، وإن كانت على العداله.

وأشار إلى ثمره هذا الفرق بقوله: « والفائده تظهر لو شهد فى ما يقبل فيه شهاده الواحد مع اليمين. وتظهر الفائده فى الزوجه لو شهدت لزوجها فى الوصيه» (٢).

أى: إنه لو شهد الزوج لها فيما تقبل فيه شهاده الواحد مع اليمين، فإنه على القول بعدم اعتبار الضميمه، يكفى يمينها فى أخذ المشهود به، فيكون كشهادته لغير زوجته، وعلى القول باعتبارها لا يكفى، بل لابدّ من غيره، ولكن إذا كان المؤثر يمينها مع شهاده الغير، فأى فائده فى شهاده الزوج؟ اللهم إلا أن يكون الأثر

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٣٠.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٣٠.

لشهاده الزوج وشهاده الغير بغضّ النظر عن اليمين.

ولو شهدت الزوجه للزوج فى الوصيّه، فإنه على القول الأوّل يثبت الربع كما لو لم تكن الشهاده للزوج، وعلى القول الثانى لا يثبت بشهادتها منفرده شىء، بل لابدّ من ضمّ الضميمه. نعم يكفى انضمام امرأه اخرى إليها وإن كانت زوجه أخرى للرجل نفسه، لإطلاق النصوص.

۴ – فى شهاده الصديق لصديقه

قال المحقق: « وتقبل شهاده الصديق لصديقه وإن تأكّدت بينهما الصحبه والملاطفه، لأن العداله تمنع التسامح» (۱).

أقول: وهذا أيضاً من جمله موارد التهمه، لكنها مع فرض العداله لا تمنع من القبول، بل العداله تمنع التسامح. وهذا الحكم لا خلاف فيه عندنا، وإنما عنونه تنبيهاً على خلاف بعض العامه.

ص:۱۰۱۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۰.

المسأله الرابعه: (فی عدم قبول شهاده السائل فی کفه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لا ـ تقبل شهاده السائل فی کفه، لأنه یسخط إذا منع، ولأن ذلک یأذن بمهانه النفس فلا یؤمن علی المال. ولو کان ذلک مع الضروره نادراً لم یقدح فی شهادته» (۱).

أقول: لا تقبل شهاده السائل بکفه عند الأکثر، کما فی (الکفایه) (۲)بل المشهور کما فی (المسالک) (۳)و (المستند) (۴)بل لا خلاف فیه فی الجمله کما فی (الریاض) (۵)بل یمکن تحصیل الإجماع علیه کما فی (الجواهر) (۶)وفی المسأله جهات من البحث، نتعرض لها بعد ذکر نصوصها، وهی:

۱ - علی بن جعفر عن أخیه علیه السلام: « قال: سألته عن السائل الذی یسأل بکفه، هل تقبل شهادته؟ فقال: کان أبی لا یقبل شهادته إذا سأل فی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۰.

۲- ۲) کفایه الأحکام ۲: ۷۵۹.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۹۹.

۴- ۴) مستند الشیعه ۱۸: ۲۶۰.

۵- ۵) ریاض المسائل ۱۵: ۳۰۱.

۶- ۶) جواهر الکلام ۴۱: ۸۱.

كفه» (۱).

۲ - محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: « رد رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم شهاده السائل الذی یسأل فی کفه. قال أبو جعفر: لأنه لا یؤمن علی الشهاده، وذلک لأنه إن اُعطی رضی وإن منع سخط» (۲).

۳ - علی بن جعفر عن أخیه علیه السلام قال: « سألته عن السائل بکفه، أتجوز شهادته؟ فقال: کان أبی یقول: لا تقبل شهاده السائل بکفه. [فی کفه].

جهات البحث فی المسأله

وأما جهات البحث فی المسأله:

فالاولی: فی المراد ب « السائل بکفه» .

وقد اختلفت کلماتهم فیه:

ففی (التحریر) : تردّ شهاده السائل فی کفه، لأنه یسخط إذا منع، إذا کان معتاداً، ولو وقع منه ذلک ندره للحاجه لم یمنع قبول الشهاده (۳).

وفی (المستند) : « المراد به الذی یسأل فی نحو أبواب الدور والأسواق والدکاکین والحجرات، واتخذ ذلک دیدناً له، لأنه المتبادر من هذا الترکیب، لا من یسأل أحیاناً لحاجه دعته إلیه» (۴).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۲/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۲/۲. کتاب الشهادات، الباب ۳۵.

۳- ۳) تحریر الأحکام ۵: ۲۵۵.

۴- ۴) مستند الشیعه ۱۸: ۲۶۰.

وفی (الجواهر) : إذا اتخذ ذلک صنعه وحرفه (۱).

ومنهم من أطلق کالمسالک إذ قال: « والمراد بالسائل بکفه من یباشر السؤال والأخذ بنفسه، والسؤال فی الکف کنایه عنه» (۲).

وفی (الریاض) أی: « من یباشر السؤال والأخذ بنفسه» (۳).

قلت: إن لم یکن المتبادر منه الأوّل کما فی (المستند) و (الجواهر) فلا ریب فی أنه المتیقن، فالأولی الإقتصار علیه.

وفی (المستند) بعد عبارته المتقدمه: « وعلی هذا، فهو مراد من أطلق المنع کما فی النافع، وحکی عن الشیخ والقاضی، کما هو صریح من قیّد کما عن الحلی والتحریر والشرائع والإرشاد والتنقیح والدروس والمسالک وغیرها، بل هو المشهور کما قیل» (۴).

الثانیه: فی حکم السؤال تکلیفاً.

وقد اختلفت کلماتهم فی المستفاد من النصوص وکلمات الأصحاب من حیث الحکم التکلیفی للسؤال.

ففی (الریاض) : إن فی تعلیل الامام علیه السلام فیما رواه محمد بن مسلم وتعلیل المحقق الحکم بقوله: « ولأن ذلک یؤذن بمهانه النفس فلا یؤمن علی

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۸۱.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۱۹۹.

۳- ۳) ریاض المسائل ۱۵: ۳۰۱.

۴- ۴) مستند الشیعه ۱۸: ۲۶، المختصر النافع: ۲۷۹، النهایه: ۳۲۶، المهذب البارع ۲: ۵۵۸، السرائر ۲: ۱۲۲، تحریر الأحکام ۵: ۲۵۵، شرائع الإسلام ۴: ۱۳۰، إرشاد الأذهان ۲: ۱۵۸، التنقیح ۴: ۲۹۹، الدروس ۲: ۱۳۲، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۹۹، ریاض المسائل ۱۵: ۳۰۱.

المال» ونحوه كلام غيره، إيماءً إلى تهمته، وعـدم حرمه السؤال، وإلا لعلّل بحرمته الموجبه لفسق فاعله بمجرده أو بالإصـرار عليه واستمراره (۱).

وفی (الجواهر) جعله المستفاد من النصوص بل والفتاوی (۲).

لكن قـال فی (الرياض) : « وفيه نظر، فإن عـدم التعليل بالحرمه لا يسـتلزم الإباحه، فقـد يكون وجهه لزوم حمل أفعال المسـلمين وأقوالهم على الصـحه، بناء على عـدم اتصاف كلّ سؤال بالحرمه، بل الذی لا تدعو إليه حاجه ولا ضـروره محرم خاصه، وحينئذ فكيف ينسب السائل إلى فعل محرم بمجرّد سؤاله الذی هو من الحرام أعم؟» (۳).

وأجـاب عنه فی (الجواهر) بعـد أن أشـار إليه بقوله: اللهم إلاـ أن يحمـل. . . فقـال: « ولكن لاـ يخفی عليک أن هـذا بعـد فرض معلوميه حرمه السؤال ولو بالكف مع فرض عـدم التـدليس به، كما لو صـرح بغنائه عن ذلک، وهو وإن كان مغروساً فی الـذهن، والنصوص مسـتفيضه بالنهی عن سؤال الناس، لكن كثيراً منها محمول على بعض مراتب الأولياء ط وآخر محمول على المدلّس. . . وأما حرمه السؤال من حيث كونه سؤالاً ولو بالكف، فلا دليل مطمئن به على حرمته وإن كان ذلک مغروساً فی الذهن، فتأمل. . .» (۴).

وحاصل كلامه قـدّس سـرّه هو: إنه كما أن إطلاق نصوص المسأله يقتضـی عدم قبول شـهاده السائل وإن كان سؤاله عن حاجه، فإن إطلاقها يقتضی عدم

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۳۰۲.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۸۲.

۳- ۳) رياض المسائل ۱۵: ۳۰۲.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۸۲.

الحرمه وإن كـان سؤاله عن غير حـاجه، ومـا ذكره صـاحب (الريـاض) يبتنى على فرض ثبوت حرمه السؤال من غير حـاجه كما صرح هو به، مع أنه لا دليل مطمئن به على حرمته، والنصوص المستفيضه المشار إليها محموله على بعض الوجوه.

قلت: أمـا نصـوص المسـأله، فالظـاهر عـدم دلالتهـا على حرمه السؤال مطلقـاً، ومـا ذكره فى (الريـاض) من أن وجه عـدم التعليل بالحرمه لزوم حمل أفعال المسـلمين وأقوالهم على الصـحه (١)، بعيـد، لأن السؤال هو عن قبول شـهاده السائل وعـدم قبولها، فإن كـان سؤاله عن خصوص غير المحتاج كان المتجه أن يجيب الإمام عليه السـلام بعـدم القبول، ويعلّل ذلك بكونه فاسـقاً إن كان السؤال من غير حـاجه ولاـ ضـروره محرّماً، وإن كان عن خصوص المحتاج، كان الجواب القبول لعـدم الحرمه، وإن كان السؤال عن السائل مطلقاً كان المتجه التفصـيل لا التعليل المـذكور، فترك التفصـيل والإطلاق فى الجواب والتعليل بما ذكره، كلّ ذلك يقتضى عدم القبول حتى فى صوره الحاجه، ويبقى الكلام فى الحكم التكليفى، ولا دلاله فى هذه النصوص على الحرمه مطلقاً.

وأما النصوص الاخرى التى أشار إليها فى (الجواهر) ووصفها بالإستفاضه (٢)، فسيأتى ذكرها وبيان المستفاد منها.

هـذا، وفى (المسـتند) : « دلّ التعليـل على أن صاحب ذلك الوصف ليس مأموناً عن شـهاده الزور والكـذب ما دام كـذلك، فلا تعرف عدالته، لأن من لا يظن عدم ارتكابه الكذب وشهاده الزور كيف يعرف بالعداله، فلا يكون ذلك عادلاً،

١- ١) رياض المسائل ١٥: ٣٠٢.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٨٢.

ويكون هذا الوصف مانعاً عن الحكم بالعداله بمعرفاته (۱).

وفيه: إنه لاـ يعتبر في قبول الشهاده وترتيب الأثر عليها وجود الظن بعدم الكذب، نعم، الحكمه في قبول شهاده العادل هو الظن النوعي بعدم كذبه، ولكن ليس من شرط القبول العلم بعدم كذبه في هذه الشهاده، بل إن الفقهاء يفتون بقبول شهاده البينه حتى مع الظن بالخلاف.

قال: فلا تعارض بين الروايتين وعمومات قبول شهاده العدل، نعم، لو عرف أوّلاً بالعداله ثم صار سائلاً بالكف، يلزم استصحاب عدالته وقبول شهادته (۲). . .

أقول: هو جواب سؤال تقديره: إن النسبه بين نصوص المسأله وعمومات قبول شهاده العدل عموم من وجه، فيتعارضان ويتساقطان في مورد الإجتماع. فأجاب بأن السائل بالكف ليس بعادل، ولا أقل من الشك في عدالته، فلا تعمّه عمومات القبول، نعم، لو كان عادلاً ثم صار سائلاً استصحب عدالته.

لكن قد عرفت عدم دلاله النصوص على عدم العداله، وأنه لا يشترط في قبول الشهاده عدم الظن بالخلاف فضلاً عن عدم احتماله، ولو كان ذلك شرطاً لم يقبل شهاده كلّ من له صله مّا من قرابه أو صداقه وغيرهما بالمشهود له، إلا موارد خاصه تعبدنا فيها بعدم القبول، ومنها السائل بالكف، ولا ملازمه بين عدم القبول وعدم العداله، كما هو واضح.

الثالثه: في أخبار النهي عن سؤال الناس

وقد عرفت حمل (الجواهر) هذه النصوص على بعض المحامل (۳)، فلنذكر

۱- ۱) مستند الشيعه ۱۸: ۲۶۱.

۲- ۲) مستند الشيعه ۱۸: ۲۶۱.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۸۲.

طرفاً منها لنرى هل يتم ما ذكره أو لا؟

١ - مالك بن حصين السلولى: « قال أبو عبد اللّه عليه السلام: ما من عبد يسأل من غير حاجه فيموت حتى يحوجه اللّه إليها ويثبت اللّه له بها النار» (١).

٢ - مالك بن عطيه: « عن أبى عبد اللّه قال قال على بن الحسين عليه السلام: ضمنت على ربى أنه لا يسأل أحد من غير حاجه إلا اضطرته المسأله يوماً إلى أن يسأل من حاجه» (٢).

٣ - محمد بن مسلم « قال أبو جعفر عليه السلام: يا محمد، لو يعلم السائل ما في المسأله ما سأل أحد أحداً، ولو يعلم المعطى ما فى العطيه ما ردّ أحد أحداً، ثم قال: يا محمد، إنه من سأل وهو بظهر غنى لقى اللّه مخموشاً وجهه يوم القيامه» (٣).

٤ - عنبسه بن مصعب: « عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: من سأل الناس وعنده قوت ثلاثه أيام، لقى اللّه يوم يلقاه وليس على وجهه لحم» (۴).

۵ - عدّه الداعى « عن الصادق عليه السلام قال: من سأل من غير فقر، فكأنما يأكل الجمر» (۵).

۶ - العياشى عن محمد بن الحلبى: « قال أبو عبد اللّه عليه السلام: ثلاثه لا ينظر اللّه إليهم يوم القيامه ولا يزكّيهم ولهم عذاب أليم: الديوث من الرجل، والفاحش المتفحش، والذى يسأل الناس وفى يده ظهر غنى» (۶).

ص:١٠٢۴

١- ١) وسائل الشيعه ٩: ۴٣۶/١. أبواب الصدقه، الباب ٣١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٩: ۴٣۶/٢. أبواب الصدقه، الباب ٣١.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٩: ۴٣٧/۴. أبواب الصدقه، الباب ٣١.

۴- ۴) وسائل الشيعه ٩: ۴٣٧/۵. أبواب الصدقه، الباب ٣١.

۵- ۵) وسائل الشيعه ٩: ۴٣٧/۶. أبواب الصدقه، الباب ٣١.

۶- ۶) وسائل الشيعه ٩: ۴٣٨/١٠. أبواب الصدقه، الباب ٣١.

هذه من أخبار الباب ۳۱ باب: تحريم السؤال من غير احتياج.

ومن أخبار الباب ۳۲ باب: كراهه المسأله مع الإحتياج حتى سؤال مناوله السوط والماء.

۷ - عده الداعى « قال أبو عبد اللّه عليه السلام: لو يعلم السائل ما عليه من الوزر ما سأل أحد أحداً، ولو يعلم المسئول ما عليه إذا منع ما منع أحد أحداً» (۱).

۸ - عده الداعى « عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: شعيتنا من لا يسأل الناس ولو مات جوعاً» (۲).

وانظر الأبواب اللاحقه للبابين أيضاً.

أقول: وفى بعض هذه الأخبار وعيد على السؤال من غير حاجه، وهو ظاهر فى الحرمه، وحملها على ما ذكره صاحب (الجواهر) قدّس سرّه بلا موجب، وأما مع الحاجه فتدلّ طائفه منها على عدم الحرمه، ولكن على كراهيه.

الرابعه: فى حكم السؤال مع التصريح بعدم الحاجه

إن السؤال إن كان عن تدليس، فإن التدليس موجب للسقوط عن العداله، فلا تقبل الشهاده، فإن سأل بلا تدليس بل مع التصريح بعدم الحاجه، فلا يبعد القول بعدم دلاله الأخبار على حرمته، ولكن هكذا شخص يتصف بمهانه النفس ودنائتها فلا يؤمن على المال، فلا تقبل شهادته.

ولو ذكر حاجته وكشف عن حاله من دون سؤال، فلا حرمه على الظاهر ولا تردّ شهادته، بل فى بعض الأخبار أن « من شكى إلى مؤمن فكأنما شكى إلى اللّه» (۳).

۱- ۱) وسائل الشيعه ۹: ۴۴۳/۱۷. أبواب الصدقه، الباب ۳۲.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۹: ۴۴۳/۱۵. أبواب الصدقه، الباب ۳۲.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲: ۴۱۲/۳. أبواب الإحتضار، الباب ۶. بتفاوت يسير.

الخامسه: فی من سأل مع الضروره

قال المحقق وغیره: من سأل مع الضروره نادراً لم یقدح فی شهادته (۱).

السادسه: فی حکم السؤال کتابه

قد عرفت تقیید جماعه من الأصحاب السؤال (بالمباشره) فهل جعل الوسیط بأن یطلب من شخص أن یشرح حاله ویسأل له عند شخص آخریخرجه عن المباشره؟ الظاهر ذلک، لأن اللجوء إلی ذلک یؤذن بعزّه النفس وحفظ ماء الوجه.

وهل الکتابه کذلک؟ إن صدق السؤال بالمباشره علی کتابه الحاجه عرفاً، غیر بعید، وإن کان بینه وبین السؤال شفاهاً فرق.

السابعه: فی الطفیلی

قال العلامه فی (التحریر) : ولا یقبل شهاده الطفیلی، وهو الذی یأتی طعام الناس من غیر دعوه. وکذا قال غیره (۲).

وهو کذلک، ولکن لیس علی إطلاقه، فمن الطفیلی من یسرّ صاحب الدعوه مجیؤه، بل یشکره علی ذلک، فهذا لا تردّ شهادته ولا قدح فی عدالته.

---

۱ - ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳، السرائر ۲: ۱۲۲، الدروس ۲: ۱۳۲، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۹۹، مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۴۰۳، ریاض المسائل ۱۵: ۳۰۱، مستند الشیعه ۱۸: ۳۶۰.

۲- ۲) تحریر الأحکام ۵: ۲۵۵، الدروس الشرعیه ۲: ۱۳۲، مسالک الأفهام ۱۴: ۱۹۹.

المسأله الخامسه: (فی شهاده الأجیر والضیف)

قال المحقق قدّس سرّه: « تقبل شـهاده الأجیر والضیف، وإن کان لهما میل إلی المشهود له، لکن یرفع التهمه تمسّکهما بالأمانه» (1).

أقول: الکلام فی المسأله فی موضعین:

الأول: فی شهاده الضیف

قال المحقق بقبول شـهاده الضـیف، وإن کان له میل إلی المشـهود له وهو مضیفه، وکذا فی (التحریر) وغیره (2)، بل لا خلاف فیه فی (المسالک) (3)وفی (الجواهر) عن غیر واحد، قال: بل یمکن تحصیل الإجماع علیه (4).

ویدلّ علیه العمومات، وخصوص ما رواه أبو بصـیر: « عن أبی عبد اللّه علیه السـلام: لا بأس بشهاده الضیف إذا کان عفیفاً صائناً» (5).

وأما التهمه الحاصله من میله إلی مضیفه، فمرتفعه، لأن عدالته تمنع من

1- 1) شرائع الإسلام 4: 130.

2- 2) تحریر الأحکام 5: 255 256، النهایه: 327، السرائر 2: 123، الدروس 2: 131.

3- 3) مسالک الأفهام 14: 200.

4- 4) جواهر الکلام 41: 83.

5- 5) وسائل الشیعه 27: 372/3. کتاب الشهادات، الباب 29.

الإقدام علی الباطل.

والثانی: فی شهاده الأجیر

فاختلف الأصحاب فی قبولها، فقال المحقق والعلّامه بقبول شهادته (۱)کذلک، واختاره الشهید الثانی فی (المسالک) قال: وعلیه المتأخرون (۲). والمحکی عن أکثر المتقدّمین کالصدوقین، والشیخ فی النهایه، وأبی الصلاح وغیرهم: عدم القبول (۳).

استدلّ للقبول: بالعمومات والإطلاقات، وبخصوص ما جاء فی ذیل خبر أبی بصیر المتقدم وهو قوله: « ویکره شهاده الأجیر لصاحبه، ولا بأس بشهادته لغیره، ولا بأس بها له عند مفارقته» (۴)بجعل « الکراهه» فیه الکراهه الإصطلاحیه.

وأما التهمه الحاصله بالمیل إلی المشهود له، فمرتفعه بالعداله، کما تقدّم فی الضیف.

واستدلّ للمنع: بخبر أبی بصیر المذکور، بحمل « الکراهه» فیه علی الحرمه لا الکراهه الإصطلاحیه، وبنصوص أخری وصفت فی (الریاض) و (الجواهر) بالإستفاضه ومنها:

۱- ۱) شرائع الاسلام ۴: ۱۳۰، ارشاد الاذهان ۲: ۱۵۸، تحریر الاحکام ۵: ۲۵۵.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۰۰.

۳- ۳) المقنع: ۳۹۸، الهدایه: ۲۸۶، عنهما: مختلف الشیعه ۸: ۴۸۴، النهایه: ۳۲۵، الکافی فی الفقه: ۴۳۶، المهذب ۲: ۵۵۸، الوسیله: ۲۳۰، غنیه النزوع ۲: ۴۴۰.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۲/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۹. وفیه: ولا بأس به له بعد مفارقته.

۱ - سماعه: « سألته عما يردّ من الشهود. قال: المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والأجير والعبد والتابع والمتّهم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم» (۱).

۲ - صفوان « عن أبی الحسن علیه السلام قال: سألته عن رجل أشهد أجيره على شهاده ثم فارقه، أتجوز شهادته له بعد أن يفارقه؟ قال: نعم، وكذلك العبد إذا اُعتق جازت شهادته» (۲).

قلت: لقد كثر الكلام حول مفاد خبر أبی بصير، فالقائلون بالقبول حملوا « الكراهه» على الكراهه الإصطلاحيه، فأشكل المانعون بأن هذا المعنى إصطلاح جديد، والمعنى المقصود من هذا اللفظ فی كلام الأئمه عليهم السلام هو الحرمه. لكن لا مجال للحمل على الحرمه التكليفيه فی هذا الخبر، لعدم حرمه هذه الشهاده، بل إن جميع الأخبار الوارده فی كتاب الشهادات ناظره إلى الحكم الوضعی، وهو القبول وعدم القبول.

وأشكل المانعون أيضاً: بأن الشهاده لو كانت مقبوله ينبغی وجوبها عيناً مع عدم الغير وإلا كفايةً، فما معنى الكراهه؟

واُجيب: بأنه حيث يكون الشهاده واجبه عليه كفايه، يكره عليه المبادره بالقيام بها، لأجل احتمال التهمه.

وفی (الرياض) عن خاله الوحيد: حمل الشهاده فيه على « الإشهاد» (۳)، فيكره إشهاد الأجير.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۸/۳. كتاب الشهادات، الباب ۳۲.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۷۲/۱. كتاب الشهادات، الباب ۲۹.

۳- ۳) رياض المسائل ۱۵: ۳۰۰.

وهو كما ترى، ومن هنا لم يرتضه صاحب الرياض (۱).

وكيف كـان، فالأولى ترك الإستدلال بهـذا الخبر إن لم تكن الكراهه فيه كنايه عن عـدم القبول إذ فى الأخبار الاخرى للقولين غنىً وكفايه، فيدلّ على القبول العمومات والإطلاقات، ويدلّ على المنع أخبار.

ووجه الإستدلال بخبر صفوان المزبور هو: ظهوره فى المنع من جهه تقرير الإمام عليه السلام لما دلّ عليه السؤال من كون عدم القبول قبل المفارقه مفروغاً عنه، ومن جهه تشبيه الإمام عليه السلام الأجير قبل المفارقه بالعبد قبل الإنعتاق.

فالإنصاف، تماميّه دلاله هذه الصحيحه على المنع، خلافاً لصاحب (المستند) (۲).

والنسبه بين هـذه الصحيحه المختصه بالعادل، حيث صرح فيها بالقبول بعد المفارقه، وبين ما دلّ على القبول، هى العموم والخصوص المطلق، فتقدم عليها ويحكم بعدم القبول.

فالأقوى عدم القبول وإن كان ذلك مخالفاً لإطباق المتأخرين كما قيل، واللّٰه العالم.

وبما ذكرنا يظهر: أنه لاوجه للتوقف فى المسأله كما عن (الدروس) حيث نقل فيه الخلاف فيها مقتصراً عليه من دون ترجيح (۳)، وعن (الرياض) حيث قال:

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۳۰۰.

۲- ۲) مستند الشيعه ۱۸: ۲۵۹.

۳- ۳) الدروس الشرعيه ۲: ۱۳۱. وعنه رياض المسائل ۱۵: ۳۰۱.

« المسأله عند العبد محل توقف» (۱).

ثم إن صاحب الرياض قال: « إلا أن مقتضى الاصول حينئذ عدم القبول» (۲)واعترضه فى (الجواهر) بقوله: « وفيه: ما عرفته سابقاً من أنه مع الشك ينبغى الرجوع إلى عموم أدله القبول، لعدم تحقق التهمه المانعه حينئذ» (۳).

قلت: لكن الأقرب الأوّل، إذ التعارض يفرض بين ما دلّ على القبول من العمومات وغيرها إن كان، وبين ما دلّ على العدم، فيتساقط الجميع، ويكون المرجع الأصل.

هذا، ولا خلاف فى عدم القبول إذا كان هناك تهمه بجلب نفع أو دفع ضرر، كما لو شهد لمن استأجره على قصاره الثوب أو خياطته له، من غير فرق بين بقاء الاجره وعدمه كما فى (الجواهر) وفى (المسالك) حمل خبر سماعه على هذا المحمل (۴).

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۳۰۱.

۲- ۲) رياض المسائل ۱۵: ۳۰۱.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۸۵.

۴- ۴) مسالك الأفهام ۱۴: ۱۹۳، جواهر الكلام ۴۱: ۸۵.

لواحق وهی ست مسائل:

المسأله الاولی: (فی أن المعتبر استکمال الشرائط عند الأداء)

قال المحقق قدّس سرّه: « الصغیر والکافر والفاسق المعلن إذا عرفوا شیئاً ثم زال المانع عنهم فأقاموا تلک الشهاده قبلت، لاستکمال شرائط القبول» (۱).

أقول: إن من تحمّل الشهاده فی حال عدم القبول منه وأدّاها فی حال زوال المانع، تقبل شهادته، کالصغیر والکافر والفاسق المعلن، وأما الفاسق المستتر فسیأتی.

والحاصل: إن العبره بحال الأداء لا بحال التحّمل، وإن الصغیر إذا کبر والکافر إذا أسلم والفاسق إذا تاب، فقد استکمل شرائط القبول، فتقبل شهادته، بلا خلاف بل الإجماع بقسمیه علیه کما فی (الجواهر) ، لعموم أدلّه قبول الشهاده، وخصوص ما ورد منها فی الصغیر والیهودی والنصرانی وغیرهم، من المعتبره المستفیضه أو المتواتره (۲).

وأما ما رواه جمیل قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن نصرانی أُشهد

ص:۱۰۳۲

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۰ ۱۳۱.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱۲: ۸۶.

علی شهاده ثم أسلم بعد أتجوز شهادته؟ قال: لا» (۱)ففی (الوسائل) : « ذکر الشیخ أنه خبر شاذ، وحمله علی التقیه، لأنه مذهب بعض العامه، لما مضی ویأتی. ویحتمل الحمل علی ما لو شهد بها فی حال کفره فلا تقبل وإن أسلم بعد، وعلی عدم عدالته بعد الإسلام» (۲).

قال المحقق: « لو أقامها أحدهم فی حال المانع فردّت، ثم أعادها بعد زوال المانع قبلت» (۳).

أقول: إن کان قد أعاد الشهاده مره أخری بعد زوال المانع من الصغر أو الکفر أو الفسق، قبلت شهادته، لاستکمال الشرائط حینئذ، فیندرج فی الأدلّه، ولا ینافی ذلک ردّها سابقاً.

قال المحقق: « وکذا العبد لو ردّت شهادته علی مولاه ثم أعادها بعد عتقه» (۴).

أقول: سیأتی الکلام علی قبول شهاده العبد وعدم قبولها مطلقاً أو مقیّداً فی المسأله الآتیه، فبناءاً علی القبول إلا علی مولاه کما اختاره المحقق أو عدم القبول مطلقاً، کما هو قول بعض أصحابنا (۵)، یرتفع المانع بالعتق، فإذا أعاد الشهاده بعده تقبل، لاستکمال الشرائط کذلک، ولا ینافی ذلک ردّها سابقاً.

قال: « أو الولد علی أبیه فردّت ثم مات الأب وأعادها» (۶).

أقول: قد تقدّم الکلام علی شهاده الولد علی والده، فبناءاً علی عدم القبول فی حیاه الأب، لو أعادها بعد موته فلا مانع من القبول مع استکمال الشرائط، ولا

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۸۹/۷. کتاب الشهادات، الباب ۳۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه: ۲۷/۳۸۹، ذیل ح۷.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

۵- ۵) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

۶- ۶) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

ینافی ذلک ردّها سابقاً.

والدلیل علی الحکم فی جمیع هذه الفروع واحد، وهو ما ذکرناه من عمومات الأدلّه وخصوصها، بالإضافه إلی الإجماع المدّعی.

نعم، فی خبر للسکونی: « عن الصادق علیه السلام عن علی علیه السلام: إن شهاده الصبیان إذا أُشهدوا وهم صغار جازت إذا کبروا ما لم ینسوها، وکذلک الیهود والنصاری إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا شهد بشهاده ثم اُعتق جازت شهادته إذا لم یردّها الحاکم قبل أن یعتق. وقال علی علیه السلام: وإن أعتق لموضع الشهاده لم تجز شهادته» (۱).

فإن ذیله یفید عدم القبول لو کان إزاله المانع وهو الرق لأجل قبول الشهاده، وصدره یفید العدم فی العبد إذا کان الحاکم قد ردّ شهادته قبل العتق. إلاـ أن الأصحاب ذهبوا إلی القبول، للعمومات والإطلاقات، وأجابوا عن الخبر بالضعف سنداً فی نفسه أو بإعراض الأصحاب عنه.

وأما حمل الصدر علی ما إذا صدر الحکم من الحاکم، فإنه لاـ ینقض حینئذ، فقد تأمل فیه صاحب (الجواهر) (۲)، ولعلّه لاحتمال الحکم بجواز النقض حینئذ. لکن فیه بحث، فلو لم یکن للمدّعی شاهد فی دعواه، فحکم الحاکم فیها، ثم جاء بشهود، لم ینقض الحکم، وما نحن فیه کذلک.

قال المحقق: « أما الفاسق المستتر إذا أقام فردّت ثم تاب وأعادها فهھنا تهمه

ص:۱۰۳۴

---

۱ – ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۹/۱۳. أورده عن الشیخ بسنده عن إسماعیل بن أبی زیاد، وهو السکونی، ثم قال: ورواه الصدوق بإسناده عن إسماعیل بن أبی زیاد، فهو خبر واحد لا خبران کما هو ظاهر الجواهر.
۲– ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۸۷.

الحرص على دفع الشبهه عنه لاهتمامه بإصلاح الظاهر، لكن الأشبه القبول» (۱).

أقول: قد ذكرنا حكم شـهاده الفاسق المعلن، ومثله الفاسق المسـتتر، فإنه تقبل شهادته لو أعادها بعد التوبه، وأما التهمه المذكوره فليست بمانعه عن القبول الذی هو مقتضـی العمومات والإطلاقات، وكذلک احتمال عدم التوبه حقيقه، فإنه إذا ظهرت عليه آثار التوبه والإصلاح شملته العمومات والإطلاقات.

فهذه هی الفروع التی ذكرها المحقق فی هذه المسأله.

وأضـاف صاحب (الجواهر) إليها فروعاً اخرى، نـذكرها تبعاً له فنقول: لو كان الكافر مسـتتراً بكفره ثم أسـلم وأعادها، فالوجهان المذكوران فی الفاسق المستتر، والأقوى القبول.

ولو وقع نزاع بين العبـد المكـاتب وغيره، وشـهد المولى لمكاتبه مع احتمال كونه عاجزاً عن أداء حق المولى والوفاء بشـرطه، فلا تقبل هذه الشهاده للتهمه، فإن أعتق العبد زال المانع، فلو أعادها المولى قبلت.

ولو كان له عبـد فعقـد له أمه، فلا إشـكال فی كون ولده مملوكاً له، وإن عقد له حرّه، فكذلک بناءاً على إلحاق الولد بالأب فی الإنسان وإن كانت أُمه أشرف، فإن شهد المولى للعبد على نكاح كانت الشهاده فی نفعه، فلا تقبل، وتقبل إن أعادها بعد العتق.

ولو شـهد اثنان من الشـفعاء بناءاً على القول بصـحّه الأخذ بالشـفعه وإن كانوا أكثر من اثنين على عفو ثالث، لم تقبل شـهادتهما، لأن فی عفوه نفعاً لهما، فإن

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

عفوا كذلك وأعاد الشهاده على عفو الثالث قبلت، ويكون حق الشفعه حينئذ لرابعهم مثلاً.

ولو شـهد اثنان يرثان من رجل عليه بجراحه غير منـدمله ويحتمل موته بها، تردّ هذه الشـهاده، لأنها فى الحقيقه فى نفعهما ديه أو قصاصاً، فإن اندمل الجرح وأعادا الشهاده قبلت، وكانت الديه للرجل.

ص:١٠٣٦

المسأله الثانیه: (فی شهاده المملوک)

قال المحقق قدّس سرّه: « قیل: لا تقبل شهاده المملوک أصلاً، وقیل: تقبل مطلقاً، وقیل: تقبل إلا علی مولاه، ومنهم من عکس، والأشهر القبول إلا علی المولی» (۱).

أقول: فی شهاده المملوک أقوال کثیره، ذکر المحقق أربعه منها، وأضاف فی (الجواهر) إلیها ثلاثه أقوال، وإن منشأ اختلاف الأقوال فی المسأله هو اختلاف النصوص فیها.

فیدلّ علی القول الأوّل - وهو المنع من القبول مطلقاً - عدّه نصوص فیها الصحیح والموثق، ومنها:

۱ - محمد بن مسلم عن أحدهما: « تجوز شهاده المملوک من أهل القبله علی أهل الکتاب وقال: العبد المملوک لا تجوز شهادته» (۲).

۲ - محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام: « لا تجوز شهاده العبد المسلم علی الحرّ المسلم» (۳).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۸/۱۰. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۸/۱۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۳ – الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « سألته عن شهاده ولد الزنا. فقال: لا ولا عبد» (۱).

۴ – سماعه: « سألته عما یردّ من الشهود. فقال: المریب والخصم والشریک ودافع مغرم والأجیر والعبد» (۲).

۵ – صفوان: « عن أبی الحسن علیه السلام وکذلک العبد إذا أُعتق جازت شهادته» (۳).

واستدلّ له فی (الجواهر) بأمرین آخرین: أحدهما اعتباری، وهو إن الشهاده من المناصب الجلیله التی لا تلیق بحال العبد کالقضاء، ولاستغراق وقته بحقوق المولی علوجه یقصر عن أدائها وعن تحملها (۴).

وهذا الوجه إن انته إلی الشارع فهو، وإلا فإن الأهلیه للمناصب الإلَهیه بید الشارع، فلابدّ من کاشف عن الجعل أو عدمه منه.

والآخر: إن نفوذ القبول علی الغیر نوع ولایه، فیعتبر فیها الحریّه کما فی سائر الولایات.

أقول: وهذا الوجه کسابقه، فإن قبول الشهاده وردّها من الأحکام الشرعیه، ولابدّ له من دلیل شرعی، ولیس لأحد سلب الأهلیه من أحد أو إعطائها إیاه. نعم، من المحتمل استفاده ذلک من قول اللّه عزّوجلّ: «ضَرَبَ اَللّهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْءٍ وَ مَنْ رَزَقْناهُ مِنّا رِزْقاً حَسَناً. . . وَ ضَرَبَ اَللّهُ

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۶/۶. کتاب الشهادات، الباب ۳۱.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۸/۳. کتاب الشهادات، الباب ۳۲.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۱/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۹.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۸۹.

مَثَلاً رَجُلَيْنِ أَحَدُهُمٰا أَبْكَمُ. . . هَلْ يَسْتَوِى هُوَ وَ مَنْ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ» (۱).

ففى الآيه الاولى: لم يفرّق بين العبد والحرّ تكويناً، فله الأعضاء والجوارح التى للحرّ، وهو يتصرف فيها كتصرفه، وإنما فرّق بينهما تشريعاً، فالعبد ليس له مال حتى يكون مسلّطاً عليه. . . وليس له شىء يكون قادراً على التصرف فيه، بخلاف الذى رزقه رزقاً حسناً فهو ينفق منه، فكيف يستويان؟

وفى الثانيه: جعل أحد الرجلين أبكم ف ومن كان أبكم فهو أصم والآخر له القدره على التكلّم، وبالخصوص الكلام الحق من الأمر بالعدل ونحو ذلك، هل يستويان؟

فمن كان « كلّاً على مولاه» لا يليق لأن يتولّى شؤون المجتمع وأن يقوم بوظائف الاُمه، وأن يدير أمور الناس، والشهاده من هذا القبيل، لترتب الآثار المهمه عليها فى موارد النفوس والأعراض والأموال والحقوق. . .

وعن (تفسير) الإمام العسكرى عليه السلام: « كنا عند رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم وهو يذكّرنا بقوله تعالى «وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجٰالِكُمْ» (۲)، قال: أحراركم دون عبيدكم، فإن اللّه تعالى شغل العبيد بخدمه مواليهم عن تحمّل الشهاده وأدائها» (۳).

وما فى (الرياض) من أن دلالته بمفهوم الوصف وليس بحجه على الأشهر الأظهر (۴)، لعله بالنظر إلى ذيله، لأن الصدر صريح فى عدم القبول.

۱- ۱) سوره النحل ۱۶: ۷۵ ۷۶.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۳- ۳) تفسير الإمام العسكرى: ۶۵۳، وعنه وسائل الشيعه ۲۷: ۳۵۰/۱۵. كتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۴- ۴) رياض المسائل ۱۵: ۳۰۶.

فمن الممکن رجوع الوجهین المذکورین إلی الآیتین الثالثه بضمیمه الروایه فی تفسیرها.

ویدلّ علی القول الثانی وهو القبول مطلقاً عدّه نصوص، فیها الصحیح وغیره کذلک، ومنها:

۱ - عبـد الرحمن بن الحجاج: «عن أبی عبد اللّه علیه السـلام: قال أمیر المؤمنین علیه السـلام: لا بأس بشـهاده المملوک إذا کان عدلاً» (۱).

۲ - بریـد عن أبی عبد اللّه علیه السـلام: «سألته عن المملوک تجوز شـهادته؟ قال: نعم، إن أوّل من ردّ شـهاده المملوک لفلان» (۲).

۳ - محمد بن مسلم: «عن أبی عبد اللّه علیه السلام: فی شهاده المملوک إذا کان عدلاً، فإنه جائز الشهاده، إن أوّل من رد شهاده المملوک عمر بن الخطاب. . .» (۳).

ومن هذا وسابقه یظهر أن نصوص المنع صادره تقیه، ویؤید ذلک اتفاق الأئمه الأربعه عند أهل السنّه علی الفتوی بالمنع.

۴ - محمد بن مسلم: «عن أبی جعفر علیه السلام قال: تجوز شهاده المملوک من أهل القبله علی أهل الکتاب» (۴).

وهذا لیس له ظهور فی التقیید بکونها علی أهل الکتاب، وإلا لقید، لما تقرّر من حمل المطلق علی المقیّد وإن کانا مثبتین بشـرط إحراز وحده المطلوب.

ص:۱۰۴۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۵/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۵/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۵/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۶/۴. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۵ – محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: « تجوز شهاده العبد المسلم علی الحر المسلم» (۱). قال فی (الوسائل) : وفی نسخه: (لا یجوز) وهو محمول علی التقیّه ونقل عن الصدوق: إنه محمول علی ما لو شهد لغیر سیّده (۲)، وهو القول الثالث من الأقوال الأربعه.

لکن الحمل علیه متوقف علی وجود شاهد.

۶ – الحلبی: سأل أبا عبداللّه علیه السلام فی المکاتب قال: « قلت: أرأیت أن أعتق نصفه تجوز شهادته فی الطلاق؟ قال علیه السلام: إن کان معه رجل وامرأه جازت شهادته» (۳). قال فی الوسائل: إدخال المرأه هنا محمول علی التقیّه، لأن شهادتها لا تقبل فی الطلاق، ذکره الصدوق والشیخ وغیرهما (۴).

۷ – الحلبی: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام: فی رجل مات وترک جاریه ومملوکین، فورثهما أخ له، فاعتق العبدین، وولدت الجاریه غلاماً، فشهدا بعد العتق أن مولاهما کان أشهدهما أنه کان یقع علی الجاریه وأن الحمل منه. قال: تجوز شهادتهما، ویردّان عبدین کما کانا» (۵).

دلّ علی قبول شهاده العبد.

واستشهد به بعضهم علی استثناء المولی، لیکون دلیلاً علی القول بعدم القبول علیه –وهو القول الثالث لأنه لو کانت شهادته مقبوله علیه فی حال الرق،

ص:۱۰۴۱

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۶/۵. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۶، ذیل ح۵.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۷/۶. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۷، ذیل ح۶.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۷/۷. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

لما قيّد السائل بكون الشهاده بعد الحريه.

لكن الظاهر من منطوق الخبر هو القبول، فلا وجه للتمسک بمفهوم تقييد السائل للعدم، لكن يمكن الاستدلال له فى القبول، من جهه ثبوت بنوه الولد للمولى، فيرثه ويكون العبدان مملوكين له.

٨ – ابن أبى يعفور: عن أبى عبد اللّه عليه السلام: « سألته عن الرجل المملوک المسلم تجوز شهادته لغير مواليه؟ قال: تجوز فى الدين والشىء اليسير» (١).

ودل على القبول « فى الدين والشىء اليسير» لغير مواليه فقط، وأما مواليه فلا تقبل لالهم ولا عليهم، وقد حمله فى (الوسائل) على التقيه (٢).

أقول: قد عرفت أن أدلّه القبول ناظره إلى أدلّه المنع ومتعرضه لحالها، لتضمّن بعضها أن أوّل من منع قبول شهاده المملوک هو عمر بن الخطاب، ومن هنا تحمل أدله المنع على التقيه، على أنه لا قائل بالمنع منا إلا ابن أبى عقيل كما قيل (٣)فهى معرض عنها عند الأصحاب، فالأقوى حتى الآن هو القول بالقبول، للأدلّه العامه والخاصه الموافقه للكتاب والمخالفه للعامه.

وقد ذكر القائلون بالقول الثالث – وهو القبول إلّاعلى مولاه – إن ذلک مقتضى الجمع بين الأدلّه الدالّه على المنع مطلقاً والدالّه على القبول كذلک. فنقول: إن الجمع يكون بأحد طريقين.

أحدهما: بمعونه القطع من الخارج، مثل الجمع بين « ثمن العذره سحت»

١– ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٧/٨. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٢– ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٨، ذيل ح٨.

٣– ٣) عنه كشف الرموز ٢: ٥٢١، مختلف الشيعه ٨: ٤٩٧، مسالک الأفهام ١٤: ٢٠٥.

و « لا ـ بـأس بـبيع العـذره» بتقريـب: إن المقطـوع به فى الأـوّل شـموله لعـذره مـا لا ـ يؤكـل لحمه، فهـو فيه نص وفى غيره ظـاهر، والمقطوع به فى الثانى شـموله لعـذره ما يؤكل لحمه، فهو فيه نص، وفى غيره ظاهر، فيؤخذ بالنص فى كلٍ من الطرفين، وبه ترفع اليد عن الظاهر فى الآخر. وهذا هو الجمع التبرعى فى الاصطلاح.

والآـخر: الجمع العرفى، وهـو وجود دليـل فيه التقييـد بعـدم القبول فى الشـهاده على المولى، فيكون هـذا الخبـر شاهـد جمع بين الطرفين، وبذلك يكون الجمع عرفياً، وما يمكن أن يكون شاهداً للتقييد بقيد هنا هو:

خبر محمد بن مسـلم: « تجوز شـهاده المملوك من أهل القبله على أهل الكتاب» (۱)لكن هذا الخبر لا يصـلح للتقييد كما تقدّم، لعدم حجيه المفهوم فيه.

وخبر ابن أبى يعفـور، لكنه محمـول على التقيه، على أن تقرير الامـام عليه السـلام لتقييـد السـؤال ليس فى الحجيه بحيث يمكن تقييد المطلقات به.

وخبر جميل: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن المكاتب تجوز شهادته؟ فقال: فى القتل وحده» (۲). وهذا لم يظهر قائل به.

وخبر محمد بن مسـلم: « تجوز شهاده العبد المسلم على الحرّ المسلم» . وقد عرفت أنه فى نسخه « لا يجوز» ، وهذا يوجب الشك فيه، فلا يصلح للتقييد.

وخبر الحلبى فى شهاده العبدين، لكن مفهوم السؤال لا يقيد الجواب، على أنه يفيد القبول له، ولا يدلّ على العدم إن كان عليه.

أقول: هذه هى الأخبار المقيده بظاهرها، وقد عرفت أنه لا شاهد فيها

ص:۱۰۴۳

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۴۶/۴. كتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۴۸/۹. كتاب الشهادات، الباب ۲۳.

للجمع بين الأخبار، كما ذكر أصحاب القول الثالث.

وأما إلحاق العبد بالولد لاشتراكهما فى وجوب الطاعه وحرمه العصيان، ففيه ما لا يخفى، على أن الحكم فى المقيس عليه مختلف فيه، كما تقدّم فى محلّه.

فالأقوى هو القبول مطلقاً، واللّه العالم.

ثم قال المحقق: «ولو أُعتق قبلت شهادته على مولاه» (۱).

أقول: هذا على مختاره، ولا خلاف فى القبول بعد العتق، بل ادّعى فى (كشف اللثام) الإتفاق عليه (۲)، لارتفاع المانع واستكمال الشرائط كما تقدم، ويدلّ على ذلک بعض النصوص بصراحه:

قال محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذمى والعبد يشهدان على شهاده، ثم يسلم الذمى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلک خير، جازت شهادتهما» (۳).

وأما خبر السكونى: «إن شهاده الصبيان. . .» (۴)فقد عرفت حمله على بعض الوجوه، مع أن أحداً لم يفت بما تضمنه صدراً وذيلاً.

قال: «وكذا حكم المدبّر والمكاتب المشروط، أما المطلق إذا أدّى من مكاتبته شيئاً، قال فى النهايه: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه (۵)، وفيه تردد

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۳۱۸.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۸۷/۱. كتاب الشهادات، الباب ۳۹.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۴۹/۱۳. كتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۵- ۵) النهايه فى مجرّد الفتوى: ۳۳۱.

أقربه المنع» (۱).

أقول: قد عرفت أن الأقوی قبول شهاده المملوک مطلقاً، وعلی ما ذکرنا، تقبل شهاده المدبر والمکاتب مطلقاً.

ومذهب المحقق استثناء الشهاده علی مولاه، فعطف العبد المدبر وهو الذی قال له مولاه: أنت حرّ دبر وفاتی والمکاتب المشروط وهو الذی اشترط علیه مولاه أن لا ینعتق منه شیء حتی یؤدّی کلّ المکاتبه فینعتق کلّه علی العبد القن فی الحکم المذکور.

والوجه فی ذلک واضح، لأنهما لا یخرجان بالتدبیر والمکاتبه المشروطه عن المملوکیه، ولا یتحرر شیء منهما، فیندرجان فیما دلّ علی المنع من القبول علی مولاه عند المحقق.

وأما المکاتب المطلق وهو الذی یتحرر منه بقدر ما یؤدّی من المکاتبه فإن شهد فی حال أنه لم یؤد شیئاً فکذلک، وإن أدّی من مکاتبته شیئاً فتحرر منه بقدر ما أدّی فقولان: فالشیخ فی (النهایه) وجماعه علی القبول بقدر ما تحرر منه (۲).

والمحقق علی المنع، وفاقاً للمشهور بین من تعرض له کما فی (الجواهر) (۳).

استدلّ للمنع بوجوه:

أحدها: صدق العبد والمملوک علی المبعض.

والثانی: إن المانع من القبول هو الرقیه، فما لم تزل بتمامها لم تقبل الشهاده.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.
۲- ۲) النهایه فی مجرّد الفتوی: ۳۳۱، الوسیله: ۲۳۰، الجامع للشرایع: ۵۴۰، ایضاح الفوائد ۴: ۴۳۰، عن ابن الجنید.
۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۹۶.

والثالث: إن عقولنا لا تهتدى إلى القبول فى بعض المشهود فيه دون بعض، فلا نقول به إلا فيما أَجمع عليه أو دلّ عليه دليل قاطع.

ذكر هذه الوجوه كاشف اللثام (۱).

واعترضه صاحب (الجواهر) بأن الأوّلين مصادره (۲).

قلت: أما الثانى فنعم، وأما الأوّل فلا، لكن يمكن الجواب عنه بتحقق الصدق فى الجمله، وعليه، فإن كان الصدق فى الجمله كافياً لشمول أدلّه المنع، فإن المبعض يصدق عليه الحرّ فى الجمله كذلك، فلماذا تقدم فيه أدلّه المنع على أدلّه القبول؟

ومن هنا يمكن القول بأنه إن كان كلا الدليلين منصرفين عن المبعض، فالطرفان فى عدم الشمول على حدّ سواء، وإلا فيشمله كلاهما، فيقبل شهادته بما هو عدل، ويمنع من القبول بما هو عبد، فيكون الحكم مبعضاً كموضوعه، ويكون الحاصل القبول بقدر ما تحرر منه.

وأما الوجه الثالث، فقد أشكل عليه صاحب (الجواهر) : بأن أقصاه عدم القبول على وفق قاعده عدم جواز تبعيض السبب التى لا تنافى الدليل على جوازه (۳).

قلت: إن قام الدليل على القبول فى المبعّض، فإنه يكشف لنا عن عدم كون السببيه للقبول أو المنع هى الحريه أو العبديه بكليته، بل إن المبعّض أيضاً سبب بحسبه.

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۳۱۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۹۶.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۹۶.

إذن، يكفى للقول بالقبول الأدلّه الـدالّه على قبول شـهاده العـدل، والأدلّه الـدالّه على عـدم قبول شـهاده العبد إلا على مولاه، بناء على عـدم انصـرافها عن المبعض، وشـمول كلاـ الطرفين له، وبنـاء على الإنصـراف نرجع إلى الـدليل الخاص القائم فى خصوص المبعض، فإن تم سنداً ودلالهً فيتم القبول، وإلا فيرجع إلى الأصل، وهو هنا الاستصحاب ومقتضاه عدم القبول.

وقد استدل للقبول فى المقام بخصوص خبرين:

أحـدهما: ما رواه أبو بصـير قال: « سألته عن شـهاده المكاتب كيف تقول فيها؟ قال: فقال: تجوز على قدر ما اُعتق منه إن لم يكن اشترط عليه أنك إن عجزت رددناك، فإن كان اشترط عليه ذلك لم تجز شهادته حتى يؤدى أو يستيقن أنه قد عجز. قال فقلت: فكيف يكون بحساب ذلك؟ قال: إذا كان أدّى النصف أو الثلث فشـهد لك بـألفين على رجـل أعطيت من حقّـك مـا أعتق النصف من الألفين» (١).

وقد أشكل فى (الجواهر) فى الخبر بأمور:

منها: كونه مضمراً (٢). لكن الظاهر أن اضماره لا يضرّ باعتباره، لأن أبا بصير لا يروى عن غير الامام عليه السلام.

ومنها: عـدم الوجه فى قوله: أو يستيقن أنه قـد عجز (٣). ولكن الظاهر: إن المراد أنه إن جاء الموعـد وعجز فهو عبـده، وكذا إذا تيقن العجز عن الأداء عند الموعد (۴)، فالجمله ليست أجنبيه، وليس اللفظ مضطرباً.

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۴٩/١۴. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٢- ٢) (و٣) جواهر الكلام ۴١: ٩٧.

٣- ٣)

۴- ۴) قـد يقال: إن هـذا يصـح فى جمله: « إن عجزت رددناك» وأما هـذه الجمله فمعطوفه على « يؤدى» فالمعنى: لم تجز حتى يستيقن أنه قد عجز، أى فى حال الاستيقان تجوز.

والثانی: ما رواه محمد بن مسلم وأبو بصیر والحلبی جمیعاً « عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی المکاتب یعتق نصفه هل تجوز شهادته فی الطلاق؟ قال: إذا کان معه رجل وامراه وقال أبو بصیر وإلا فلا تجوز» (۱).

لکن الخبرین محمولان علی التقیه.

أما الأوّل: فن المنع من قبول شهاده المملوک هو قول العامه تبعاً لإمامهم عمر بن الخطاب کما تقدم.

وأما الثانی: فلإدخال المرأه فی الشهاده فی الطلاق، لأن شهادتها لا تقبل فیه، کما تقدم أیضاً.

فظهر عدم الدلیل الخاص علی القبول، ومن هنا ذهب صاحب (الجواهر) إلی المنع کالقن، قال: « للأصل، وقاعده عدم تبعّض السبب بعد وضوح قصور الخبر المزبور عن تخصیصها، وحرمه القیاس علی حکم غیره من أفراد المبعض فی الإرث ونحوه» (۲).

أقول: المراد من الأصل هو الإستصحاب، إذ الحکم قبل التبعیض هو المنع، فإن شک فیه بعده استصحب، والظاهر وحده الموضوع عرفاً.

وقاعده عدم تبعیض السبب مسلّمه بلا کلام، فإذا جعل الشارع الغسل سبباً لرفع الجنابه، لم یکن غسل بعض البدن سبباً لرفع بعضها، فهذه هی القاعده، ومتی شک کانت هی المرجع. وهذا یتم فیما نحن إن کانت الحریه هی السبب فی القبول، وأما إن کانت العبدیه هی السبب لعدم القبول، فإن وصف العبدیه مثلاً لا

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۸/۱۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۳.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۹۷.

یكون سبباً لعدم القبول.

إلا أن التحقیق أن یقال: بأن مقتضی عمومات الشهاده كتاباً وسنهً قبول شهاده العدل مطلقاً، خرج منها شهاده العبد القن علی المولی، ومع الشک فی خروج العبد المبعّض كذلک، یتمسک بالعمومات وهی متقدمه علی الإستصحاب، ولا مجال معها لقاعده عدم تبعیض السبب، لحكومه العمومات، كما لا یرد إشكال القیاس.

فالأقوی هو قبول شهاده المملوک المبعض حتی بناءاً علی القول بعدم شهاده المملوک علی مولاه، كما علیه الشیخ ومن تبعه، واللّه العالم.

وقد فرّع الشهید فی (غایه المراد) بناءاً علی القبول فروعاً أوردها صاحب (الجواهر) ، ونحن نوردها تبعاً له مع بعض التوضیح:

الأول: لو شهد مع المبعض عدل حرّ بمائه مثلاً یثبت بشهادتهما خمسون، لقیام البیّنه بالنسبه إلی الخمسین، وأما الخمسون الاخری فلها شاهد واحد وهو الحرّ، ولا یثبت بشهاده الواحد شیء، فللمدّعی أن یحلف معه علی الخمسین الثانیه فیأخذها، لما تقرر فی محلّه من ثبوت الأموال بشاهد واحد مع یمین المدعی. وظاهر الروایه الثانیه یدل علی جعله كالمرأه، فحینئذ لا یثبت بشهادتهما شیء أصلاً، إذ یكون كما لو شهد رجل وامرأه، ولو انضم إلیهما امرأه ثبت المال، لتحقق البینه بشهاده رجل وامرأتین، وعلی ظاهر الفتاوی تثبت الخمسون بشهاده الثلاثه لا المائه وله الحلف علی الخمسین الاخری كما تقدم، لأن الخمسین الاخری لم یشهد بها فی الحقیقه سوی رجل وامرأه (1)، وتظهر الفائده فی الرجوع عن

1- 1) كأنه من جهه أن قبول شهاده المبعض هو بلحاظ النصف المحرر منه ونصف الحر لا أثر له، وبقی الرجل الواحد والامرأه الاخری. لكن إذا كان كذلک فإنه لا یثبت شیء بشهاده الرجل الواحد مع الامرأه الواحده، فلماذا الخمسون؟

الشهاده، فإنه لا يسترجع الحاكم ما أعطاه للمدّعى، بل يأخذه من الشهود كلّ بحسب تأثير شهادته فى الحكم.

الثانى: لو شهد المملوك وحده بمال على السيد، فللمشهود له الحلف على نصفه، لأنه يكون شهادته بمنزله شهاده الحرّ على النصف، وقد عرفت ثبوت المال بشهاده رجل مع يمين المدّعى، هذا على ظاهر الروايه الاولى، وعلى مفهوم الروايه الثانيه لا حكم لشهادته، لأنه كالمرأه الواحده.

الثالث: لو شهد المبعض بالوصيه بالمال، ثبت ربع ما يشهد به على مفهوم الروايه الثانيه، لأنه كالمرأه الواحده، وهى لو شهدت بالوصيه بالمال يثبت ربعه، وعلى الروايه الاولى يثبت نصفه، وعلى هذا، فللمدّعى أن يحلف معه، بناء على القول باليمين هنا، فيثبت له الكلّ.

الرابع: لو شهد على مولاه بالقتل أو شبهه أو الخطأ فى احتمال كون هذه الشهاده على المولى لا على العاقله مع شاهد آخر، فعلى مفهوم الروايه الثانيه لا يثبت القتل، لأنه كالمرأه الواحده، بل يكون لوثاً، وحينئذ تقام القسامه، وعلى ظاهر كلام الأصحاب يحتمل ثبوت نصف القتل على معنى ثبوت نصف الديه أو القود، بعد ردّ ما قابل الباقى، ويحتمل الإنتفاء أصلاً، من جهه أن الخبر الأول وارد فى مورد المال ولا يعم القتل، وأشدّ إشكالاً من القتل الشهاده فى الحدود.

هذه هى الفروع التى ذكرها الشهيد الأول فى (غايه المراد) (۱).

وفى (كشف اللثام) : « ثم على تقدير السماع بقدر الحرّيه، يحتمل اشتراطه

۱- ۱) غايه المراد ۴: ۱۲۵ ۱۲۶، وعنه جواهر الكلام ۴۱: ۹۸.

بانضمام رجل إليه» (۱).

أی: حتی یثبت نصف المشهود فیه، وهذا هو الذی ذهب إلیه صاحب (الجواهر) جازماً به حیث قال: إن مقتضی الخبر الأول قبول شهادته علی مقدار ما فیه من الحریه، لکن علی نحو غیره مما یقبل فیه ذلک بالیمین أو بشاهد آخر معه (۲).

أما کاشف اللثام فقال: « وهو الأحوط» (۳).

قلت: وفیه: إن الإحتیاط لا مورد له فی مثل المقام، لأن الأمر یتعلق بحقوق الناس، ولابدّ من مراعاه حق کلا الطرفین، نعم هو مطابق للأصل.

قال: ویحتمل العدم. أی عدم اشتراط الإنضمام، فیثبت النصف بشهادته وحده.

قال: وعلی الأول، یحتمل القبول بعین ذلک القدر کما هو الظاهر من الخبر، حتی إذا انضم إلی من تحرر نصفه رجل کامل الحریه لم یسمع إلا فی النصف، لأنه الذی اجتمع علیه شاهدان، وهو الأحوط (۴).

قلت: وفی هذا الإحتیاط ما عرفت.

قال: ویحتمل تقسیم المشهود به بحسب ما فی الشاهدین من الحریه، فیسمع فی المثال فی ثلاثه أرباع ویحمل الخبر علی انضمام مثله إلیه، أو علی أنه یثبت نصف الألفین بما فیه من الحریه وما بأزائه من حریه الآخر، وإن کان یثبت ربعهما أیضاً بما فی الآخر من باقی الحریه (۵).

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۳۱۹.
۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۹۷.
۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۳۱۹.
۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۳۱۹.
۵- ۵) کشف اللثام ۱۰: ۳۲۰.

قلت: وهذا الإحتمال بعيد، وحمل الخبر على ما ذكر خلاف الظاهر.

قال: وعلى الثانى (۱)يحتمل السماع بأزاء الحريه مطلقاً، حتى إذا تحرر عشر منه سمعت شهادته فى العشر، وإذا تحرر تسعه أعشاره، سمعت فى تسعه أعشار، ويحتمل أن لا تسمع ما لا يتحرر ربعه فما زاد، ولا تسمع إلا فى الربع إلى النصف، وعلى كلّ، فلابدّ من قصر السماع على ما تسمع فيه شهاده امرأه واحده، خصوصاً ما ذكره من الاحتمال، واللّه العالم (۲).

ص:۱۰۵۲

۱- ۱) أقول: الاحتمال الأول يتوجه بالنظر إلى الخبر الأول، والثانى بالنظر إلى الخبر الثانى. فلا تغفل.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۳۲۰. عنه جواهر الكلام ۴۱: ۹۸ ۹۹.

المسأله الثالثه: (فی تحقق اسم الشهاده للسامع والمختبئ)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا سمع الإقرار صار شاهداً، وإن لم یستدعه المشهود علیه، وکذا لو سمع اثنین یوقعان عقداً کالبیع والإجاره والنکاح وغیره، وکذا لو شاهد الغصب أو الجنایه، وکذا لو قال له الغریمان: لا تشهد علینا، فسمع منهما أو من أحدهما ما یوجب حکماً، وکذا لو خبأ فنطق المشهود علیه مسترسلاً» (۱).

أقول: لا خلاف ولا کلام فی صیروره الإنسان شاهداً متحمّلاً للشهاده بالسماع فیما یکفی فیه السماع، کما إذا سمع الإقرار أو صیغه العقد، وبالمشاهده فیما یکفی فیه المشاهده، کما لو شاهد الغصب أو الجنایه، لوضوح صدق الشاهد علیه لغه وعرفاً.

ولا یعتبر فی تحقق عنوان الشهاده تحمّلاً وأداءاً الإشهاد من الغیر، بل یصیر شاهداً حتی لو قال له الغریمان أو أحدهما: لا تشهد علینا، فسمع منهما أو من أحدهما ما یوجوب حکماً له أو علیه، بل وکذا لو خبأ الشخص أی جلس فی زاویه مستخفیاً منهما فنطق المشهود علیه صار متحملاً للشهاده. قال فی

ص:۱۰۵۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

(الرياض) : بلا خلاف أجده إلا من الإسكافى، وهو شاذ لا يعبأ به (۱)، بل عن (غايه المراد) : قد سبقه الإجماع وتأخر عنه (۲).

قالوا: لأن المعتبر فى صدق الشهاده وقبولها علم الشاهد مع استجماعه للصفات المعتبره فيه شرعاً بما يشهد به، سواء كان العلم مسبوقاً باستدعاء المشهود له أو المشهود عليه أو اتفق علمه بالواقعه، وذلك لاشتراك الجميع فى المقتضى للقبول وهو العلم.

وفى (المسالك) وغيره: إنه لا يحمل اختفاؤه لتحمّل الشهاده على الحرص عليها، إذ الحاجه قد تدعو إليه (۳).

وأشكل عليه فى (الجواهر) وغيره بأن التهمه فى المختبئ ليست بأقل منها فى المتبرع بالشهاده، الذى ستسمع الإجماع على عدم قبول شهادته، والإحتياج إلى ذلك لو سلّم كونه دليلًا لمشروعيه مثله، فلا يقتضى الصحه مطلقاً حتى إذا لم تدع الحاجه (۴)، فالعمده فى الجواب هو أنه ليس كلّ تهمه بمانعه، بل هى التهمه التى ورد دليل شرعى على مانعيتها.

هذا كلّه بالنسبه إلى صدق اسم الشهاده وتحققها وقبولها.

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۳۷۲ ۳۷۳.
۲- ۲) غايه المراد ۴: ۱۱۶. عنه جواهر الكلام ۴۱: ۱۰۰.
۳- ۳) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۱۴، إرشاد الأذهان ۲: ۱۵۸، رياض المسائل ۱۵: ۳۷۴.
۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۱۰۰.

حکم تحمل الشهاده وأدائها مع الاستدعاء وبدونه

وأما حکمها، فالمشهور کما فی (المستند) عن جماعه وجوب التحمل إذا دعی إلیه، خلافاً للحلی إذ قال: والذی یقوی فی نفسی أنه لا ـ یجب التحمّل، وللإنسان أن یمتنع من الشهاده إذا دعی إلیها لیتحملها، إذ لا دلیل علی وجوب ذلک علیه، وما ورد فی ذلک فهو أخبار أحاد (۱). . .

هذا بالنسبه إلی التحمل.

وأما بالنسبه إلی أداء الشهاده. فإن کان تحمله بالاستدعاء، وجب علیه الأداء حینما یطلب منه ذلک، إذا توقف الحق علی شهادته، إجماعاً قطعیاً بل بالضروره، وحکایه الإجماع علیه مستفیضه، والآیات علیه داله، والأخبار متواتره کما فی (المستند) (۲)، وإن کان تحمله بدون استدعاء من صاحب الحق للتحمل، فقولان: الوجوب، وهو المشهور بین المتأخرین کما قیل (۳). والعدم، وهو مذهب جماعه من القدماء، بل نسب إلی المشهور بینهم، فقالوا: هو بالخیار بین الإقامه وعدمها (۴).

واستدلّ للأول بالعمومات والإطلاقات الآمره بإقامه الشهاده، سواء اشهد علیها أو لم یشهد، وهی وإن کانت تقتضی الإقامه عیناً، إلا أن ظاهر الأصحاب – کما فی (الریاض) – الإطباق علی وجوبها کفایه (۵).

وللثانی بالأصل، وبالنصوص:

۱ – محمد بن مسلم: « عن أبی جعفر علیه السلام: إذا سمع الرجل الشهاده

۱- ۱) مستند الشیعه ۱۸: ۳۶۶ و۳۶۴، السرائر ۲: ۱۲۶.

۲- ۲) (و۳) مستند الشیعه ۱۸: ۳۷۴.

۳- ۳)

۴- ۴) مستند الشیعه ۱۸: ۳۷۵.

۵- ۵) ریاض المسائل ۱۵: ۳۷۶.

ولم يشهد عليها، فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت» (1).

٢ – هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه علیه السلام مثله. وأضاف: « إذا اشهد لم يكن له إلا أن يشهد» (2).

٣ – محمد بن مسلم قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهاده على ما سمع منهما، قال: ذلك إليه، إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد، وإن شهد شهد بحق قد سمعه، وإن لم يشهد فلا شيء، لأنهما لم يشهداه» (3).

فإن هذه النصوص ظاهره فی عدم وجوب إقامتها على من لم يشهد حتی مع توقف الحق عليها.

وأجاب فی (الجواهر) مع فرض كون المراد التوقف عن الأصل بقوله: « إن الأصل مقطوع بما دلّ عليه العقل المقطوع به من النقل كتاباً وسنه بل وإجماعاً من إيجاب إقامه الشهاده على من هی عنده، وأنها بمنزله الأمانه التی يجب على من عنده أداؤها، وإن لم يستأمنه إياها صاحبها، نحو الثوب الذی أطارته الريح وغيره» (4).

قلت: إن كان العقل مستقلاً بلزوم إقامه الشهاده هنا، فإن من الممكن أن

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٧/١. كتاب الشهادات، الباب ٥.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٨/٢. كتاب الشهادات، الباب ٥.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٨/٥. كتاب الشهادات، الباب ٥. فيه « محمد بن عبداللّه بن هلال» لا توثيق له، لكنه من رجال كامل الزيارات.

٤- ٤) جواهر الكلام ٤١: ١٠١.

یقال بأن الأدله اللفظیه والإجماع کلّها وارده فی مورد حکم العقل وأنها إرشادیه لا مولویه، إلا أن استقلال العقل بلزوم الشهاده لئلا یحکم علی المدّعی علیه بغیر حق، أو لئلّا یضیع حق أحد فی مرافعه مالیه، فیه تأمل، نعم، إقامه الشهاده زوراً وکذباً إن ترتب علیها ضیاع حق ظلم قبیح.

وأما فی مثال الثوب الذی ذکره ونحوه، فإن الموجب لحفظه و ردّه إلی مالکه هو وقوعه تحت الید، ولذا لا یفتی بوجوب أداء الشهاده فیما لو وقع الثوب الذی أطارته الریح فی دار غیره من باب وجوب حفظ مال الغیر، هذا، بالإضافه إلی أن أدله وجوب حفظ الأمانه منصرفه عن إقامه الشهاده.

وعلی الجمله: فإنا نحکم بلزوم الإقامه فی کلّ مورد کان الظلم فیه مستنداً إلی ترک الشهاده، ومن هنا نقول بالضمان علی الشاهد فیما إذا ضاع حق علی أثر شهادته أو ترکها، وأما فی غیر ذلک، فلا استقلال للعقل باللزوم.

هذا، ولم یتضح لنا معنی عباره الجواهر: « بما دلّ علیه العقل المقطوع به من النقل کتاباً وسنه. . .» (1).

وأجاب صاحب (الجواهر) عن النصوص، بحملها علی عدم توقف الحق علی الشهاده (2)، وهو الذی ذهب إلیه صاحب (الوسائل) فی عنوان الباب حیث قال: « باب أن من علم بشهاده ولم یشهد علیها جاز له أن یشهد بها ولم یجب علیه إلا أن یخاف ضیاع حق المظلوم» (3)وبذلک جمع بین هذه النصوص وما دلّ علی وجوب الشهاده إذا علم من الظالم، فیما رواه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: « إذا سمع الرجل الشهاده ولم یشهد علیها فهو بالخیار، إن شاء شهد

۱- ۱) ویحتمل سقوط « واو» فی العباره، بأن یکون: العقل والمقطوع به من النقل.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۰۱.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۷.

وإن شاء سکت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد، ولا يحلّ له إلا أن يشهد» (۱).

وما رواه يونس عن بعض رجاله عن أبی عبد اللّه عليه السلام كذلك (۲).

وأيّده فی (الجواهر) بخبر علی بن أحمد بن أشيم قال: « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال: فلانه طالق، وقوم يسمعون كلامه لم يقل لهم اشهدوا، أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم، هذه شهاده، أفيتركها معلقه؟» (۳).

وبما أرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام « العلم شهاده إذا كان صاحبه مظلوماً» (۴).

وفی (الوسائل) بعد هذا الخبر: « حمل الصدوق ما تضمّن التخيير علی ما إذا كان علی الحق غيره من الشهود، فمتی علم أن صاحب الحق مظلوم ولا يحيی حقه إلا بشهادته، وجب عليه إقامتها ولم يحل له كتمانها، واستدلّ بالحديث الأخير» (۵).

وإلی هذا الجمع أرجع صاحب (الجواهر) عباره الشيخ فی (النهايه) وكلام غيره (۶).

أقول: وعلی هذا يصير كانحصار الواجب الكفائی فی شخص، ولا كلام فی دلاله الأدله علی وجوب الإقامه عليه حينئذ، وإن لم يشهد، لكن النصوص تدلّ

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۸/۴. كتاب الشهادات، الباب ۵.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۲۰/۱۰. كتاب الشهادات، الباب ۵.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۹/۸. كتاب الشهادات، الباب ۵، جواهر الكلام ۴۱: ۱۰۲.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۹/۹. كتاب الشهادات، الباب ۵، جواهر الكلام ۴۱: ۱۰۲.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۹.

۶- ۶) النهايه: ۳۳۰، من لا يحضره الفقيه: ۳/۵۶، ذيل ح۳۳۲۴، جواهر الكلام ۴۱: ۱۰۲.

على الوجوب مع الإشهاد حتى مع عدم توقف الحق عليها، ومن هنا اختلفت كلماتهم فى المسأله:

فقال بعضـهم: بأن ما دلّ على التخيير محمول على صوره وجود الغير، وما دلّ على الوجوب إذا اشـهد على ما إذا لم يوجـد غيره، فالوجوب كفائى مع عدم التوقف مطلقاً (١).

وقال صاحب (الرياض) بأن الوجوب كفائى فى صوره عدم الإشهاد، فإن انحصر فعينى، وفى صوره الإشهاد يكون الوجوب عينياً عرضاً، وهذا لا ينافى كونه كفائياً بالذات (٢).

وقال كاشف اللثام باحتمال تنزيل النصوص على عدم الوجوب العينى، لوجود ما يثبت به الحق المشـهود غيره، وباحتمال أن يراد بسـماع الشـهاده فى صحيحتى محمد بن مسلم ونحوهما سماعها وهى تقام عند الحاكم، قال: بل هو الظاهر، فيكون الاستغناء عنه أظهر، ويكون المعنى أنه إذا سـمع الشـهود يشـهدون بحق ولم يشـهد عليه، أى لم يطلب منه الشهاده للاكتفاء بغيره، كان بالخيار (٣).

أقول: لكن هذا الإحتمال يخالف ظواهر النصوص.

ثم ذكر غير هذين الإحتمالين أيضاً.

وقـال صـاحب (الجواهر) : بـأن الـذى أشـهد يجب عليه الإقامه إلا إذا علم بإقامه غيره فيسـقط عنه التكليف، وحاصل ذلك بقاء الوجوب مع الشك فى إقامه غيره، وأما الذى لم يشهد، فلا يجب عليه الإقامه إلا إذا علم بضياع الحق بعدم

١- ١) انظر مستند الشيعه ١٨: ٣٧٩.

٢- ٢) انظر رياض المسائل ١٥: ٣٧٩.

٣- ٣) كشف اللثام ١٠: ٣٥٧.

إقامته، وحاصل ذلك عدم الوجوب عليه مع الشك فى توقف الحق على شهادته، فهذا هو الفرق بين من أَشهد ومن لم يشهد (١).

أقول: لكن القول بعدم الوجوب على من يشهد عند الشك فى قيام الغير بالواجب يخالف مقتضى أدله الوجوب الكفائى، فإن مقتضاها وجوب الإقامه إلا مع اليقين بقيام الغير.

ومما ذكرنا ظهر أن النزاع معنوى، وأن الأقرب الوجهان الأوّلان، واللّه العالم.

ص:١٠۶٠

١- ١) جواهر الكلام ۴١: ١٠٢. بتصرّف.

المسأله الرابعه: (فی حکم التبرّع بالشهاده)

قال المحقق قدّس سرّه « التبرّع بالشهاده قبل السؤال یطرق التهمه فیمنع القبول» (۱).

أقول: فی هذه المسأله فروع:

۱ – فی حقوق الآدمیین

قال المحقق: « یطرق التهمه فیمنع القبول» .

وفی (النافع) : « التبرّع بالأداء قبل الاستنطاق یمنع القبول، لتطرّق التهمه» (۲).

وقال العلامه فی (القواعد) : « السبب السادس: الحرص علی الشهاده، بالمبادره قبل الاستدعاء، فلو تبرع بإقامه الشهاده عند الحاکم قبل السؤال لم تقبل للتهمه، وإن کان بعد الدعوی» (۳).

وفی (المسالک) : « من أسباب التهمه: الحرص علی الشهاده بالمبادره إلیها

ص:۱۰۶۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.
۲- ۲) المختصر النافع: ۲۸۰.
۳- ۳) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۷.

قبل استنطاق الحاكم، سواء كان بعد دعوى المدّعى أم قبله» (۱).

وقد صرح بهذا الإطلاق صاحب (الرياض) أيضاً، قال: « بلا خلاف أجده، وبه صرّح فى الكفايه ويظهر من المسالك وغيره، واحتمله إجماعاً بعض الأجله» . بل فى (كشف اللثام) : « إنه مما قطع به الأصحاب» (۲). قال فى (الجواهر) : « ولعله العمده فى الحكم المزبور، لا التعليل بالتهمه الواقع من كثير» (۳).

قلت: هل المانع من القبول هو « التهمه» أو عنوان « التبرع» ؟ وهى علّه المنع أو حكمته؟ وجوه. فإن كان موضوع المنع هو « التهمه» فالشهاده من المتبرع مقبوله فى موارد لعدمها، وإن كان هو « التبرع» وهى علّه، فكذلك، لأن العلّه قد تعمّم وقد تخصّص، وإن كان الموضوع هو « التبرع» وكانت « التهمه» حكمه المنع، كان اقترانها به غالباً موجباً للحكم بالمنع مطلقاً.

قال صاحب (الجواهر) بأن موجب المنع هو التبرع، فإنه تهمه شرعيه، بدليل الإجماع القائم على منع شهاده المتبرع، وليس المنع لأجل تطرّق التهمه العرفيه، لقبول الشهاده فى بعض موارد وجودها كشهاده المختبى، ولأنه لو كان المانع التهمه للزم قبول شهاده المتبرع بها فى كلّ مورد تنتفى عنه التهمه العرفيه، ككون المشهود له عدوّاً والمشهود عليه صديقاً له أو غير ذلك، وأيضاً: لو كان المانع التهمه لكان المتجه الردّ مطلقاً، مع أن بعضهم ذكر قبولها فى المجلس الآخر (۴).

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۱۴.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۳۱۲.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۰۴.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۱۰۴-۱۰۶. بتصرّف.

فالحاصل، إن المانع هو التبرع، والـدليل هو الإجماع، فيكون عـدم قبول شـهاده المتبرع حكماً من أحكام القضاء، نظير عدم تأثير يمين المنكر بلا استدعاء من المدّعى.

ومن هنـا اسـتغرب صـاحب (الجـواهر) من سـيد (الريـاض) الـتزام قبول شـهاده المتـبرع فى كـلّ مورد تنتفى عنه التهمه، مـدّعياً انصـراف إطلاـق الأصـحاب إلى الغـالب الـذى تحصـل معه التهمه. وانته رحمه اللّه إلى القول بـأن الأولى القول بأنه تهمه شـرعاً بـدليل الإجماع المزبور، المؤيـد بالنبوى المذكور فى معرض الذم وإن لم يكن من طرقنا: « ثم يجئ قوم يعطون الشـهاده قبل أن يسألوها» (۱)، وآخر: « ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد» (۲)وثالث: « تقوم الساعه على قوم يشهدون من غير أن يستشهدوا» (۳)مع ما ورد « من أنها تقوم على شرار الخلق» (۴).

قال: إلا أن المتجه حينئذ الاقتصار على ما علم كونه مورداً للإجماع (۵).

قلت: إن تنزيل الشارع لشئ بمنزله شـىء آخر يكون تاره من قبيل: « الطواف بالبيت صـلاه» (۶)حيث نزّل الطواف منزله الصلاه فى أحكامها وبلحاظ

۱- ۱) مسند أحمد ۴: ۴۲۶.

۲- ۲) الجامع الصحيح ۴: ۵۴۹/۲۳۰۳، بتفاوت يسير، السنن الكبرى ۵: ۳۸۷/۹۲۱۹، بتفاوت يسير.

۳- ۳) دعائم الإسلام ۲: ۵۰۸/۱۸۱۵، مستدرك الوسائل ۱۳: ۲/۲۱۶.

۴- ۴) مسند أحمد ۱: ۳۹۴، صحيح مسلم ۳: ۱۵۲۴/۱۹۲۴.

۵- ۵) جواهر الكلام ۴۱: ۱۰۵ ۱۰۶.

۶- ۶) السنن الكبرى ۲: ۴۰۶/۳۹۴۴، مستدرك الوسائل ۹: ۲/۴۱۰.

ما یعتبر فیها من الطهاره وغیر ذلک. وأخری: یکون تنزیلًا لموضوع بمنزله موضوع آخر، کحکمه بإطلاق ماء قد استعمل فشک فی إطلاقه أو کریّته بقوله: « لا تنقض الیقین بالشک» (۱)، فجعل هذا الماء المشکوک فی اطلاقه ماءاً مطلقاً وکرّاً، کما کان فی حالته السابقه، وإن کان مشکوکاً بالوجدان.

فإن أراد تنزیل « التبرع» بمنزله « التهمه العرفیه» من قبیل الأوّل، فهذا خلاف ظواهر کلمات الأصحاب، لأن موضوع الحکم عندهم هو « التهمه» ، ولم یقل أحد منهم بأن التبرع بمنزله التهمه، علی أنه یصح أن یقال: شهاده المتبرع لا تقبل للتهمه، ولا یقال: یشترط فی الطواف الطهاره لأنه صلاه.

وإن کان التنزیل من قبیل الثانی، ففیه: إنه لا شک فی اشتمال التبرع علی التهمه، وحیث لا تهمه قطعاً فلا معنی للتنزیل.

وأما الأحادیث التی ذکرها، فمع الغض عن أسانیدها نقول: بأنه لیس فی الخبر الأول ذکر للتهمه، بل الموضوع فیه الشهاده قبل السؤال، وفی الثانی یوجد لفظ « الکذب» وذم الشهاده قبل الإستشهاد، وکذا الکلام فی الثالث الذی هو من أخبار (المستدرک) عن (دعائم الإسلام) عن جعفر عن آبائه عن علی علیهم السلام.

فظهر أن للتعلیل بالتهمه الواقع فی کلام کثیر من الأصحاب مدخلیه فی الحکم، فهی إما علّه الحکم وإما هی الحکمه فیه.

ولو شهد هذا المتبرع فی مجلس آخر بعد السؤال، قبلت، لعدم کونه متبرّعاً حینئذ، ولا یضر بعدالته ردّ شهادته السابقه للتهمه، بل لو أعادها فی نفس المجلس بعد السؤال قبلت کذلک.

ص:۱۰۶۴

---

۱ - ۱) وسائل الشیعه ۳: ۴۶۶ و۴۷۷ و۴۸۲/۱. أبواب النجاسات، الباب ۳۷ و۴۱ و۴۴، بتفاوت، و ۸:۲۱۷/۲. أبواب الخلل، الباب ۱۰.

۲ – فی حقوق اللّه

قال المحقق قدّس سرّه: « أما فی حقوق اللّه تعالی أو الشهاده للمصالح العامه فلا یمنع، إذ لا مدعی لها، وفیه تردد» (۱).

أقول: فی قبول شهاده المتبرع فی حقوق اللّه تعالی، کشرب الخمر والزنا، وفی الشهاده للمصالح العامه کالمدارس والمساجد والقناطر، قولان، وقد تردد المحقق بینهما، ویظهر وجه التردد بعد ذکر أدله القولین:

فالمشهور شهره عظیمه هو القبول، بل فی (الجواهر) استقرار المذهب علیه (۲)، وقد استدل له المحقق وغیره، بوجوه.

أحدها: إن حقوق اللّه والمصالح العامه لا مدعی لها بالخصوص، لاختصاص الحق باللّه تعالی، أو لاشتراکه بین الکلّ، فحقوق اللّه تعالی لا مدعی لها أصلاً، والمصالح العامه کلّ الناس مدّعون فیها، من جهه کونها مشترکه بین الناس کلّهم ومنهم الشاهد نفسه، فیکون الشاهد مدعیاً فی الحقیقه، قال کاشف اللثام: « فلو شرطنا الابتداء بالدعوی لم یبتدئ بها إلا بعضهم، والشهاده لا تثبت حینئذ إلا قدر نصیبهم، وهو مجهول، لتوقفه علی نسبه محصور إلی غیر محصور» (۳).

الثانی: ما ذکره بقوله: « ولأن المصلحه إذا عمت عدول المؤمنین بأجمعهم کانت الشهاده منهم دعوی، فلو توقفت علی دعوی غیرهم کان ترجیحاً من غیر مرجح» .

ص:۱۰۶۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۰۶.

۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۳۱۳.

والثالث: لزوم الدور.

والرابع: إن الشهاده بحقوق اللّه تعالى نوع من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وهما واجبان، والواجب لا يعدّ تبرعاً.

والخامس: إنه مقتضى الجمع بين ما مرّ من الخبرين، وهما قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « ثم يفشو الكذب. . .» وقوله: « تقوم الساعه. . .» وبين قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « ألا أُخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول اللّه. قال: أن يشهد الرجل قبل أن يستشهد (۱)» (۲).

لكن يمكن المناقشه فى الأول: بأن القائل بالمنع إنما يقول به لأجل توقف قبول الشهاده على طلب المدعى، وذلك يكون فى كلّ دعوى لها مدعى، وأما مع عدمه كحقوق اللّه فلا توقف، وأما فى المصالح العامه فإن ما ذكره كاشف اللثام يتوجه إذا كانت الشركه فيها شركه إشاعيّه يكون لكلّ فرد منها نسبه كسريه كالواحد فى الألف مثلًا، وأما مع كون الاشتراك فيها بمعنى أن يكون كلّ واحد من الناس ذا حق فى الاستفاده من الكلّ فلا يتم الاستدلال، إذ يجوز حينئذ أن يدعى أحد كون هذا المكان مسجداً ويشهد له اثنان، وأما ما دلّ على عدم قبول شهاده الشريك فى المال المشترك، فمحمول على الأموال والأملاك المشتركه بين جماعه لسبب من الأسباب، لا المصالح العامه المشتركه بين كلّ الناس، كالمساجد والمدارس ونحوها.

ومنه يظهر النظر فى الوجه الثانى، فإن كلّ من يشهد فهو بالنسبه إلى حق

۱- ۱) صحيح مسلم ۳: ۱۳۴۴/۱۷۱۹، مسند أحمد ۵: ۱۹۳.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۳۱۳.

نفسه مدع وبالنسبه إلى حق غيره شاهد، فلا يرد إشكال الترجيح بلا مرجح.

وكذا الثالث، فإنه لا يلزم الدور على ما ذكرناه.

وفى الرابع: إنه لو سلّم فخارج عن الفرض.

وفى الخامس: إنه يحتمل أن يكون المراد من « قبل أن يستشـهد» هو قبل أن يطلب منه التحمل، فيكون مما دلّ على الخيار، ومن كان مخيّراً بين الإقامه والترک فقد أحسن إحساناً باختيار جانب الإقامه، فيكون خير الشهود.

فهذا هو القول الأوّل وما استدلّ به له.

والقول الثانى محكى عن الشيخ فى (النهـايه) (١)، وقـد اسـتدلّ له بـأن التهمه المانعه من قبول الشـهاده موجوده فى حقوق اللّه والمصالح العامه وفى حقوق الآدميين على السواء، فيمنع من القبول فيهما، لتساويهما فى العلّه.

وفى (الرياض) بعـد أن ذكر دليل القول بالقبول: « وفى هـذا نظر، إذ ليس فيه ما يفيـد تقييـد الأدله المانعه عن قبول الشـهاده مع التهمه بعـد حصولهـا، كما هو فرض المسأله بحقوق الآدميين خاصه، ومجرد عـدم المـدعى لحقوق اللّه تعالى لا يرفع التهمه، ولا يفيـد التقييـد المزبور، إذ لا ـ دليـل على إفـادته له من إجماع أو روايه، واداء عـدم القبول فيها إلى سـقوطها لا دلاله فيه على أحد الأمرين أصـلًا، ولا محـذور فى سـقوطها مع عدم قبولها، بل هو مطلوب، لبناء حقوق اللّه تعالى على التخفيف، إتفاقاً فتوىً ونصاً» (٢).

أقول: إن المنع من قبول شهاده المتبرع فى موجبات الحدود يؤدّى إلى

ص:١٠۶٧

١- ١) النهايه فى مجرّد الفتوى: ٣٣٠. وعنه كشف الرموز ٢: ٥٢۴، المهذب البارع ۴: ٥٣٣.

٢- ٢) رياض المسائل ١٥: ٣٢۴.

سقوطها رأساً، ومعني ذلک انتفاء الحکمه فی تشریعها لا إلی التخفیف فیها، لانحصار طریق ثبوتها حینئذ بالإقرار، وهو نادر جدّاً. إلا أنه لبناء حقوق اللّه تعالی علی التخفیف، جعل لقبول الشهاده فی موجبات الحدود أحکاماً کثیره وشدیده.

قال: « ولو سلّم، فإنما یؤدی إلی السقوط لوروده مطلقاً، سواء کان فی مجلس التبرع أو غیره، أما لو خص الردّ بالأول کما هو رأی بعض فی حقوق الآدمیین فلا یؤدّی إلی السقوط، لإمکان قبوله لو أدّی فی مجلس آخر من غیر تبرع ثانیاً» (۱).

أی: یعید الشهاده بعد أمر الحاکم بإقامتها بطلب من المدّعی.

قال: « وبما ذکرنا یظهر قوّه القول الأوّل، إلا أن ندره القائل به بل وعدمه، لرجوع الشیخ عنه فی المبسوط إلی خلافه، واشتهاره بین المتأخرین، أوجب التردد فیه، ویمکن أن یکون هذا وجهاً للتردد من الفاضلین، لا ما مرّ، فتأمل» (۲).

وصاحب (الجواهر) لمّا کان مبناه عدم قبول اطلاقات مانعیّه التهمه، بل قال بأن المستفاد منها مانعیتها فی الجمله، ففی کلّ مورد قام إجماع أو نص علی المنع فهو، وفی موارد الشک یتمسک بعموم أدله قبول شهاده العدل، وقد عرفت أنه لا إجماع ولا نص فی المقام، فإنه علی هذا المبنی أشکل علی (الریاض) بقوله: « ومن أنصف وتأمل رأی أن أکثر ما ذکره السید فی الریاض هنا ساقط، لا یوافق فتاوی الأصحاب، بل ولا قواعد الباب، والتحقیق ما عرفت من القبول فی المقام، لعدم

۱- ۱) ریاض المسائل ۱۵: ۳۲۴ ۳۲۵.

۲- ۲) ریاض المسائل ۱۵: ۳۲۴ ۳۲۵.

الإجماع، بل مظنته فی العکس» (۱).

قلت: أما عـدم الموافقه لفتاوی الأصـحاب، فقد اعترف به صاحب الریاض، وأما قواعد الباب، فکأنه یرید عدم الدلیل علی مانعیه کلّ تهمه، وقد عرفت اختلاف المبنی فی ذلک.

وأمـا قوله بعـد ذلـک: « بـل علی احتمـال کون مبنی المنع فی التبرع عـدم الإـذن من صـاحب الحق یتجه القبول هنا، لعـدم مـدع بالخصوص» (۲).

فیرد علیه نفس ما أورده علی الریاض، من عـدم موافقته لفتاوی الأصـحاب، فإن صـریح ما عثرنا علیه من کلماتهم کون المنع من جهه التهمه، لا من جهه عدم إذن صاحب الحق.

۳ – فی الحقوق المشترکه

وفی الحقوق المشترکه بین اللّه تعالی وبین الآدمیین وجوه:

الأول: القبول فی حق اللّه تعالی، لأنه لا مـدعی له، والردّ فی حق الآدمی للتهمه أو الإجماع کما تقـدم، فحینئـذٍ تقطع یـد السارق بشهاده المتبرع ولا یغرم.

الثـانی: القبول فیهمـا معـاً، لأـن المـانع من القبول فی حق الآـدمی بنـاءاً علی عـدم مانعیه مطلق التهمه هو الإجماع، وهو دلیل لبی ومعقده حق الآدمی الخالص، فیؤخذ بالقدر المتیقن منه، ویبقی المشترک علی عموم أدله القبول.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۰۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۰۸.

الثالث: التفصيل بين الموارد، بأن تقبل فی الطلاق والعتاق والرضاع والخلع والعفو عن القصاص والنسب، لغلبه حق اللّه تعالی فيها، قاله كاشف اللثام (۱)، قال: ولذا لا تسقط بالتراضی (۲).

أقول: إن الملاک هو أن كلّ ما كان الأمر فيه بيد الشارع، وكان معنوناً بعنوان الحكم، فهو حق اللّه وإن كان فيه حق الآدمی أيضاً، وكلّ ما لم يكن كذلك، فهو حق آدمی خالص، وهذا هو القابل للسقوط بالتراضی.

ص:۱۰۷۰

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۳۱۳.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۱۰۸.

المسأله الخامسه: (فی شهاده المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل)

قال المحقق قدّس سرّه: « المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته، الوجه أنها لا تقبل حتی یستبان استمراره علی الصلاح» (۱).

أقول: موضوع الحکم هو « المشهور بالفسق» وهو مقید بأنه إذا تاب لتقبل شهادته، وظاهره کفایه التوبه من غیر المشهور بالفسق إذا لم تکن توبته لأجل قبول الشهاده، فلا یتوقف قبول شهادته علی مضی مده یستبان فیها استمراره علی الصلاح. إذن، یشترط فی قبول شهاده المشهور بالفسق إذا تاب أمران:

أحدهما: أن لا تکون الغایه من توبته قبول شهادته.

قیل کما فی (الجواهر) لأن التوبه واجبه من الواجبات العبادیه المشروطه بقصد القربه وامتثال أمر اللّه تعالی، ولذا اعتبر بعضهم فی تحققها کذلک کون الترک عن جمیع المعاصی والذنوب، لا خصوص التی کان یرتکبها (۲).

والحاصل: إنه إذا لم تکن توبته بقصد القربه فلیست توبهً حقیقیه، لأن عدم التوبه الحقیقیه کما یکون بعدم الندم الواقعی بل إنه یتظاهر بالندم لأجل قبول شهادته کذلک یکون بعدم قصد القربه وإن کان نادماً وتارکاً واقعاً، کمن ترک

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱، وفی نسخه « الفلاح» .

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۰۹، بتصرف.

معصیه لأنها تضر ببدنه ومزاجه، فهما فی عدم تحقق التوبه علی السواء.

قلت: إن من ترک معصیه حفظاً لبدنه فهو تائب لغه، لأن التوبه هی الرجوع عما کان یفعل، اللهم إلا أن یقال بأن قبولها مشروط بالقربه، فمن ترک شرب الخمر حفظاً لصحته لم تحصل منه التوبه المقبوله، لکن فی (الجواهر) : إن هذه التوبه منه معصیه أخری (۱)، ولعلّه یرید أن ذلک إصرار منه علی ترک التوبه أو أنه بدعه، وإلا فإن وجه ما ذکره غیر واضح.

وقیل کما فی (القواعد) و (کشف اللثام) إن هذه التوبه من مصادیق التهمه (۲)، فوجه عدم قبول شهادته هی التهمه، لا ما ذکره صاحب (الجواهر) (۳).

وأما أنه هل یعتبر فی التوبه الإخلاص، فیکون من الواجبات التعبدیه أولا یعتبر، فیکون من الواجبات التوصلیه؟ فهذا بحث کلامی، فصاحب (التجرید) یعتبر فی التوبه کون ترک الذنب من جهه کونه قبیحاً، ومن هنا یعتبر فیها أن یکون الترک لجمیع المعاصی لا لخصوص ما یرتکبه، لاشتراکها جمیعاً فی القبح (۴)، وأما إذا کان السبب فی الترک هو الضر للبدن، فلا ملازمه بین ترک ما کان یفعله وترک غیره من الذنوب، إذ قد لا یکون فی غیره ضرر علی بدنه فلا یترکه.

إنما الکلام فی قبول توبه من تاب خوفاً من عذاب اللّه، ففی (التجرید وشرحه) : عدم القبول، لاشتراط کون التوبه للّه (۵).

وفیه تأمل، لأن التوبه من عذاب اللّه لا ینافی الإخلاص، إذ العقاب إنما

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۱۰. وفیه هکذا: بل یمکن أن تکون هی فسقاً آخر.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۴۹۷، کشف اللثام ۱۰: ۳۱۰.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۱۰۹.

۴- ۴) کشف المراد: ۳۳۱ - ۳۳۲. طبع مکتبه المصطفوی قم.

۵- ۵) کشف المراد: ۳۳۱ - ۳۳۲. طبع مکتبه المصطفوی قم.

يجعل على المخالفه لأن يكون رادعاً للعبد عن المخالفه وداعياً إلى الإطاعه، فكيف لا تكون التوبه لهذا الداعى مقبوله؟ إن التوبه من الذنب فراراً من العذاب المترتب عليه ليس كالفرار من الموذيات الدنيويه الواجب الحذر منها وجوباً توصلياً، على أن لازم ذلك أن لا تقبل عباده المطيعين للّه خوفاً من ناره أو طمعاً فى جنته، وهذا لا يلتزم به أحد.

هذا كله بالنسبه إلى الأمر الأول.

وأما الثانى، وهو اشتراط استبانه استمراره على الصلاح فقد نص عليه غير المحقق من الفقهاء أيضاً، كالعلامه فى (القواعد) ، والشهيد فى (الدروس) (١).

قال المحقق: « وقال الشيخ: يجوز أن يقول: تب أقبل شهادتك» .

أقول: هذا قول الشيخ فى موضع من (المبسوط) (٢).

قال العلامه: « وليس بجيد، نعم، لو عرف استمراره على الصلاح قبلت» (٣).

وفى (الدروس) : « هذا يتم إذا علم منه التوبه بقرائن الأحوال» (٤).

وفى (المسالك) : « وذهب الشيخ فى موضع من المبسوط إلى الإكتفاء بإظهار التوبه عقيب قول الحاكم له: تب أقبل شهادتك، لصدق التوبه المقتضى لعود العداله مع انتفاء المانع، فيدخل تحت عموم قبول شهاده العدل.

وأُجيب: بمنع اعتبار توبته حينئذ، لأن التوبه المعتبره هو أن يتوب عن القبيح لقبحه، لا لقبول الشهاده.

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٧، الدروس الشرعيه ٢: ١٣٠.

٢- ٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٧٩، شرائع الإسلام ۴: ١٣١.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٧.

۴- ۴) الدروس الشرعيه ٢: ١٣٠.

وفيه نظر، لأنه لا يلزم من قوله تب أقبل شهادتك. كون التوبه لأجل ذلك، بل غايته أن تكون التوبه عله فى القبول، أما أنه غايه لها فلا، وأيضاً، فالمأمور به التوبه المعتبره شرعاً، لا مطلق التوبه، والمغيّاه بقبول شهادته ليست كذلك، نعم، مرجع كلامه إلى أن مضى الزمان المتطاول ليس بشرط فى ظهور التوبه، والأمر كذلك إن فرض غلبه ظن الحاكم بصدقه فى توبته فى الحال، وإلا فالمعتبر ذلك» (١).

قال فى (الجواهر) : ومرجع ذلك إلى كون النزاع مع الشيخ لفظياً، وهو خلاف ما فهمه المصنف وغيره.

ثم قال: وظنى أن الشيخ يجتزئ لأصل الصحه بمجرد إظهار التوبه فى تحققها المقتضى لإجراء الأحكام عليها التى منها قبول الشهاده، للنصوص المستفيضه التى تقدم سابقاً جمله منها فى توبه القاذف، الدالّه على قبول شهاده الفاسق إذا تاب، بل لا خلاف فيه فى الظاهر.

وفيه: إن التوبه لما كانت من الامور القلبيه، ضروره كونها الندم والعزم، وهما معاً قلبيان، وإخباره بحصولهما لا دليل على الإجتزاء به، بل ظاهر الأدله خلافه، فليس حينئذ إلا تعرفهما بالآثار الداله على ذلك، نحو غيرهما من الامور الباطنه، ولا يجدى أصل الصحه فى حصول التوبه، ضروره كون مورده الفعل المحقق فى الخارج المشكوك فى صحته وفساده، كالبيع والصلاه ونحوهما، لا الأفعال القلبيه التى لم يعلم حصولها، كما هو واضح، وبذلك ظهر لك وجه البحث على أحسن وجه. فتأمل (٢).

ص:١٠٧٤

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٢١٩ - ٢٢٠.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ١١٠ - ١١١.

فی التوبه موضوعاً وحکماً

وکیف کان، فقد انقدح بما ذکرنا أن الفاسق لا تقبل شهادته، إلا أن یتوب عن المعصیه لکونها معصیه، ولابدّ من إحراز الحاکم هذه التوبه إما بعلم وإما بحجه شرعیه، هذا فی المشتهر بالفسق، وأما غیره، فتقبل شهادته وإن کانت توبته لقبولها، لأن المفروض کونه واجداً لملکه العداله، وبالتوبه تعود تلک الملکه.

قالوا: وترک التوبه معصیه صغیره، ومع الإصرار علی الترک تکون کبیره. والوجه فی ذلک أن العقاب یترتب بحکم العقل علی مخالفه الأوامر والنواهی الإلَهیه، من جهه أن الخوف من العقاب یدعو إلی الامتثال والإطاعه، ولولا العقاب لما أطاع أکثر الناس، ولکن لا حکم للعقل باستحقاق العقاب علی معصیه الأمر بالتوبه عن المعصیه، وأما الشرع فقد جعل معصیه الأمر بالتوبه عن المعاصی معصیه صغیره لا یعاقب علیها مع ترک المعاصی الکبیره، قال اللّه عزوجل: «إِنْ تَجْتَنِبُوا کَبٰائِرَ مٰا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُکَفِّرْ عَنْکُمْ سَیِّئٰاتِکُمْ» (۱)فإن أصر علی الترک للتوبه کانت المعصیه کبیره کسائر الصغائر.

والحاصل: إن وجوب التوبه حکم شرعی مولوی، ولکن لا دلیل من الشرع علی أن مخالفته معصیه کبیره، کما لا حکم من العقل علی استحقاق العقاب علی مخالفه هذا الأمر، کما یحکم باستحقاقه علی ارتکاب نفس المعصیه المنهی عنها، وإلا لزم التسلسل.

ثم إن التوبه تتحقق بمجرد الندم علی المعصیه، والعزم علی عدم العود إلیها،

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۳۱.

فهذا حقيقه التوبه (۱)، لكن قبولها مشروط، كما أنها تكمل بأُمور منها الاستغفار، وتفصيل ذلك:

إن الذنب قد يكون خالياً من حق للّه والعباد، فهنا لا شيء عليه سوى الندم والعزم، وذلك كالنظر إلى الأجنبيه ونحوه، وقد يكون فيه حق للّه، مثل ترك الصلاه مثلاً، فالواجب عليه الندم والعزم، ولا تقبل هذه التوبه إلا بقضاء الصلاه، وقد يكون فيه حق للعباد، فقبول توبته يتوقف على أداء الحق إلى مستحقه سواء كان مالاً أو ديه، وقد يكون فيه حق اللّه والعباد كالسرقه، فلابدّ من القيام بالحقين حتى تقبل توبته.

ولو عصى معصيه مستتبعه للحدّ الشرعى وليس فيها حق للعباد ولم يعلم بها أحد كالزنا ثم تاب عن ذلك، قبلت توبته وسقط عنه الحدّ، كما أنه إذا استحلّ من مستحق الحق المالى فأبرأه قبلت توبته، ومع عدم الإبراء دفع إليه الحق بعينه، كما إذا كان عيناً مغصوبه وهى موجوده، وإلا فالعوض من المثل أو القيمه، فإن لم يتمكن من ذلك مطلقاً، عزم على الأداء فى أول أوقات الإمكان، ولو لم يتمكن من إيصاله إلى صاحبه لموته، دفعه إلى وارثه، وإلا فإلى وارث وارثه، وهكذا، فإن بقى إلى الآخره فمن المطالب منه: الشخص المغصوب منه، أو وارثه لأنه الذى تنتقل إليه أمواله ومنها العين المغصوبه مثلاً، أو أن المطالب هو اللّه سبحانه؟ وجوه. قال فى (المسالك) : أصحها الأول، واستدل له بصحيحه عمر بن يزيد (۲)(۳). . .

ص:۱۰۷۶

۱- ۱) تاب إلى اللّه: أناب ورجع عن المعصيه إلى الطاعه. كذا فى التاج وغيره، فليس فيه العزم على عدم العودوغيره، نعم، ذلك مقتضى الملازمه العرفيه.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸: ۴۴۶/۴. كتاب الصلح، الباب ۵.

۳- ۳) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۱۸.

وأما إذا ظهر الزنا فقد فات الستر، فيجب عليه الحضور عند الحاكم لإقامه الحدّ عليه، إلا أن يكون ظهوره قبل قيام البينه عليه عنده، فقد تقرر في كتاب الحدود سقوط الحدّ مطلقاً بالتوبه قبل قيام البينه عند الحاكم.

وأما إذا كان في الحدّ حق للعباد، كحدّ القدف، فإن توبته تقبل بالاستحلال من المقذوف مع تكذيب ما نسبه إليه، وللمقذوف حينئذ المطالبه بإجراء الحدّ عليه، فإن كان ميتاً انتقل الحق إلى وارثه، وليس له الرضا بعدم إجراء الحدّ عليه.

قاله في (الجواهر) (۱)، ودليله غير واضح.

وأما القصاص، فإن توبته تقبل بالحضور عند ولي المقتول، وله العفو عنه أو القصاص.

وقد اشترطوا في الاستحلال من الغيبه ونحوها فيما إذا بلغه ذلك، أن لا يكون فيه أذى على الشخص وإلا تركه واستغفر.

وهل يجب عليه الإستغفار والقيام بالأعمال الصالحه للمغصوب منه الميت، بالإضافه إلى دفع الحق إلى وارثه؟ الظاهر ذلك.

هذا كلّه بالنسبه إلى حقيقه التوبه وشرائط قبولها.

وقد اشتمل قول أمير المؤمنين عليه السلام وقد سمع قائلًا يقول: أستغفر اللّه: « ثكلتك اُمك، أتدري ما الإستغفار؟ إن الإستغفار درجه العليين، وهو اسم واقع على سته معان، أوّلها: الندم على ما مضى، الثاني: العزم على ترك العود إليه أبداً، الثالث: أن تؤدي إلى المخلوقين حقوقهم حتى تلقى اللّه سبحانه أملس ليس عليك تبعه، الرابع: أن تعمد إلى كلّ فريضه عليك ضيّعتها فتؤدّي حقّها، الخامس:

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۱۲.

أن تعمـد إلى اللحم الـذى نبت على السـحت، فتـذيبه بالأـحزان حتى يلصق الجلـد بالعظم وينشأ بينهما لحم جديـد، السادس: أن تذيق الجسم ألم الطاعه كما أذقته حلاوه المعصـيه» (1)على بيان حقيقه التوبه وأنها النـدم على ما مضـى والعزم على ترك العود إليه أبداً، فإن بينهما ملازمه عرفيه، وعلى بيان ما يتوقف عليه قبولها، وهو أداء حق المخلوقين وحق اللّه.

واشـتمل أيضاً على شرط كمال التوبه، وهو الأمران الخامس والسادس، فإن هذين الأمرين شرطان لكمال التوبه لا لقبولها، ويؤيد ذلك قيام الإجماع على تحقق التوبه وقبولها من الكافر وإن بقى على بعض المعاصى.

وهل يعتبر فيها الإستغفار؟

وأما الإستغفار، فقال الشيخ الأنصارى قدّس سرّه فى بحثه عن التوبه:

« وهـل يعتبر فيهـا الاسـتغفار أم لا؟ التحقيق: إنه إن اُريـد به حبّ المغفره وشوق النفس إلى أن يغفر له اللّه، فالظاهر أنه لا ينفك عن النـدم، وإن اُريد به الدعاء للمغفره، الذى هو نوع من الطلب الإنشائى، ففى اعتباره وجهان، من اطلاقات الندم، ومن مثل قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « لا ـ كـبيره مع الاسـتغفار» (2). وقـوله: « دواء الـذنوب الإسـتغفار» (3). وقوله: « مـا أصـرّ من اسـتغفر (4)ونحو ذلك» (5).

ص:1078

1- 1) وسائل الشيعه 16: 77/4. أبواب جهاد النفس، الباب 87.

2- 2) وسائل الشيعه 15: 312/8. أبواب جهاد النفس، الباب 43.

3- 3) وسائل الشيعه 16: 65/3. أبواب جهاد النفس، الباب 85.

4- 4) مستدرك الوسائل 12: 138/2. أبواب جهاد النفس، الباب 88.

5- 5) رسائل فقهيه: 56.

أقول: أما ما ذكره فی الشق الأوّل، ففیه: إن الإنسان قد یندم علی ما فعله، ویکون لشدّه خجله مما فعل غافلاً عن حبّ المغفره، فلا ملازمه بین الأمرین، ولعلّ الشیخ یرید حال الالتفات وتحقق الإشتیاق إلی المغفره.

وفی الشق الثانی نقول بالوجه الأوّل وهو عدم الإعتبار، لإطلاقات الندم، وأما الروایه: « لا کبیره مع الاستغفار» فلا تنفی زوال الکبیره مع التوبه، لعدم إفادتها الحصر، بل إن الاستغفار المؤثر یکون دائماً عن الندم. وکذا الکلام فی الخبرین الآخرین.

والتحقیق: إن الإنسان التائب یسؤه فعله فی أوّل الأمر فیندم منه، ثم یستغفر اللّه، أی یطلب منه الغفران، فالإستغفار هو طلب المغفره المسبوق بالندم والعزم علی عدم العود، والمراد من التوبه هو الرجوع إلی اللّه، والإطاعه العملیه فی أوامره ونواهیه.

والمستفاد من قوله علیه السلام فی خبر جنود العقل والجهل: « التوبه وضدّها الإصرار، والإستغفار وضدّه الإغترار» (1)هو أن التوبه توجب المغفره من اللّه تفضلاً منه عزّوجلّ، لکن التائب مأمور بالإستغفار لئلّا یغتر بعفو اللّه وتوبته علیه، فیکون الاستغفار غیر التوبه، وهی تتحقق بدونه لکنه مکمل لها.

فتحصل: إن التوبه غیر الإستغفار لغه وعرفاً، نعم، قد یظهر الإنسان ندمه علی المعصیه وعزمه علی عدم العود بقوله: أستغفر اللّه، کما یظهر ذلک بقوله: أتوب إلی اللّه، وإذا جمع بینهما فقال: أتوب إلی اللّه « وأستغفره، أو: أستغفر اللّه وأتوب

ص:1079

1- 1) الکافی 1: 17/14. کتاب العقل والجهل.

إليه، كان أكمل، لأن « أتوب إلى اللّه» إظهار للنـدم، « وأسـتغفر اللّه» طلب للستر عليه، فإن الغفر فى اللغه التغطيه، فهو حينما يندم ويتوب إلى اللّه يطلب منه الستر، لأـن اللّه قـد لاـ يستر على من عصـاه، كما فى قصه آدم عليه السـلام، إذ قال: «وَ عَصـىٰ آدَمُ رَبَّهُ فَغَوىٰ» (۱)وحكى قصته فى القرآن الكريم وغيره من الكتب السـماويه مع أنه قبل توبته وقربه إليه واختاره نبيّاً لمصالـح اقتضـت ذلك.

ولأـن من آثار الإسـتغفار هو طهاره الإنسان من الأدناس والأرجاس والإقبال على اللّه بقلب طاهر ونفس زكيه تؤهله للوصول إلى جناب الحق سبحانه وتعالى، واللّه سبحانه ولى التوفيق.

ثم إن ظـاهر قوله تعـالى: «إِنَّمَـا اَلتَّوْبَهُ عَلَى اَللّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ اَلسُّوءَ بِجَهـالَهٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ فَأُولٰئِكَ يَتُوبُ اَللّٰهُ عَلَيْهِمْ وَ كٰانَ اَللّٰهُ عَلِيماً حَكِيماً * وَ لَيْسَتِ اَلتَّوْبَهُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ اَلسَّيِّئٰاتِ حَتّٰى إِذٰا حَضَـرَ أَحَـدَهُمُ اَلْمَوْتُ قٰالَ إِنِّي تُبْتُ اَلْآنَ وَ لاَ اَلَّذِينَ يَمُوتُونَ وَ هُمْ كُفّٰارٌ أُولٰئِكَ أَعْتَـدْنٰا لَهُمْ عَذٰاباً أَلِيماً» (۲)هو: أن التوبه المقبوله هى التى تكون من قريب فقط، أى: هى توبه الـذين ينـدمون بعد السيئه بفاصله قليله، ولكن قوله بعد ذلك: «وَ لَيْسَتِ. . .» يفيد وجود الفرصه للقبول حتى حلول الموت.

وفى الخبر عن الفقيه عن النبى صـلّى اللّه عليه وآله وسـلّم: « من تاب وقـد بلغت نفسه هـذه وأهوى بيده الى حلقه تاب اللّه عليه» (۳).

وعنه عن الصادق عليه السلام فى الآيه: « ذلك إذا عاين أمر الآخره» (۴).

نسأل اللّه المغفره لنا ولجميع المؤمنين، بمحمد وآله الطاهرين.

۱- ۱) سوره طه ۲۰: ۱۲۱.

۲- ۲) سوره النساء ۴: ۱۸ ۱۷.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲: ۴۵۶/۸. أبواب الإحتضار، الباب ۳۶.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۶: ۸۹/۷. أبواب جهاد النفس، الباب ۹۳.

المسأله السادسه: (فی ما إذا تبین فی الشهود ما یمنع القبول بعد الحکم)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا حکم الحاکم ثم تبیّن فی الشـهود ما یمنع القبول، فإن کان متجدّداً بعد الحکم لم یقدح، وإن کان حاصلاً قبل الإقامه وخفی عن الحاکم نقض الحکم» (۱).

أقول: فی هذه المسأله صور:

إحـداها: أن یحکم الحاکم، ثم یتبیّن فی الشـهود ما یمنع قبول الشـهاده مع العلم بکون المانع متجدداً بعد الحکم، فلا خلاف فی عدم قدح هذا المانع فی الحکم، بل ولا إشـکال، من جهه وقوعه بحسب الموازین الشرعیه، وعدم وجود المانع عن قبول الشهاده حتی صدور الحکم.

والثانیه: أن یحکم الحاکم، ثم یتبیّن المانع مع العلم بکونه حاصلاً بعد إقامه الشهاده وقبل الحکم من الحاکم. وسیأتی البحث فی هذه الصوره إن شاء اللّه تعالی.

والثالثه: أن یحکم الحاکم، ثم یتبیّن وجود المانع مع العلم بکون المانع حاصلاً قبل إقامه الشهاده، وأنه قد خفی عن الحاکم، فإن الحکم ینقض حینئذ، لوضوح عدم وقوع الحکم بحسب الموازین الشرعیه.

قال فی (المسالک) : إذا حکم الحاکم بشهاده اثنین، ثم بان له ما یمنع قبول

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۱.

الشهاده، فإن كان المانع متجدّداً بعد الحكم كالكفر والفسق، لم ينقض الحكم مطلقاً، لوقوعه بشهاده عدلين، وإن كان حدوثه بعد الشهاده وقبل الحكم، فسيأتى البحث فيه، وإن كان حاصلاً قبل الإقامه وخفى على الحاكم، كما لو تبيّن له أنهما كانا كافرين أو صبيين أو عبدين على وجه لا تقبل فيه شهادتهما أو امرأتين أو عدوّين للمشهود عليه أو أحدهما عدوّاً أو ولداً له على القول به، نقض حكمه، لأنه تيقن الخطأ فيه، كما لو حكم باجتهاده ثم ظهر النص بخلافه، ولو تبيّن لقاض آخر أنه حكم بشهادتهما كذلك، نقض حكمه أيضاً، إلا فى صوره الحكم بالعبدين والولد مع اختلافهما فى الاجتهاد، وذهاب الحاكم إلى قبول شهادتهما، فليس للثانى نقضه حينئذ، ولو كان موافقاً له فى الاجتهاد بعدم قبول شهادتهما فاتفق غلطه، نقضه أيضاً (۱).

طريق ثبوت الفسق قبل الحكم

قال: « وطريق ثبوت فسقهما سابقاً يحصل بحضور جارحين لهما بأمر سابق على الشهاده» (۲).

واعترضه صاحب (الجواهر) بقوله: « بعد تنزيل كلامه على إراده استمراره إلى حين الشهاده التى قد حكم بها من السابق: قد يشكل ذلك بمنافاته لمشروعيه القضاء الذى هو الفصل المبنى على الدوام والتأبيد، وأنه لا تجوز الدّعوى عنده ولا عند حاكم آخر، ضروره أن البينه المزبوره لا تقتضى العلم بفساد ميزان الحكم، خصوصاً مع إمكان معارضتها بأقوى منها حال القضاء، أو

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۲۰ - ۲۲۱.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۲۰ - ۲۲۱.

بـالجرح لها، أو بغير ذلک، فلا ینقض الحکم المحمول شـرعاً علی الوجه الصـحیح المبنی علی الـدوام والتأبیـد، الموافق للحکمه المزبوره بالبینه المفروضه، خصوصاً بعـد سؤال الحاکم الجرح للخصم فعجز عنه، ثم إنه تیسّـر له بعد ذلک شاهدان، بل لو فرض بقـاء حق الجرح له بعـد الحکم لم تبق فائـده للحکم، بـل لیس الفصل فصـلاً، نعم، لو بان الجرح علی وجه یعلم خطأ الحاکم فیه لغفله ونحوها، اتّجه ذلک، ویمکن تنزیل کلام الأصـحاب علی ذلک، بل لعلّ حکمهم بعدم النقض بالتغییر بالإجتهاد مما یرشـد إلی ذلک، ضروره کون السبب فیه عدم معلومیه الخطأ المشترک فی المقامین» (۱).

وقد تعرّض المحقق للمسأله فی کتاب القضاء حیث قال: « ولو حکم بالظاهر ثم تبین فسقهما وقت الحکم نقض حکمه» (۲).

قال فی (الجواهر) : « اللهم إلا أن یدّعی أن الشـرط علمی، نحو العداله فی إمام الجماعه، لإطلاق ما دلّ علی نفوذ الحکم وعدم جواز ردّه إذا کـان علی نحو قضائهم علیهم السـلام وعلی حسب الموازین التی نصـبوها لـذلک، ولا دلیل علی اشتراط أزیـد من ذلک، حتی قوله تعالی «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ» (۳)المراد منه ذوی عدل عندکم، لا أقل من الشک فیبقی ما دل علی نفوذ الحکم بحاله.

لکن اتفـاق کلمه الأصـحاب ظـاهراً علی النقض مع أصاله الواقعیه فی الشـرائط ولو کانت مسـتفاده من نحو «وَ أَشْـهِدُوا» (۴)الآیه یرفع ذلک کلّه، مضافاً

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۱۶ - ۱۱۷.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۷۶.

۳- ۳) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

۴- ۴) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

إلی إمکان الفرق بین ما هنا وبین الجماعه، بأن المـدار هناک علی الصّـلاه خلف من تثق بعـدالته نصاً وفتوی، وظهور الفسق فیما بعد لا ینافی الوثوق، بخلاف المقام المعتبر فیه کونه عدلاً» (۱).

هذا، وقد ذکر الشهید الثانی هنا فرعین:

أحدهما: لو قال القاضـی بعد الحکم بشـهاده شاهدین: قد بان لی أنهما کانا فاسـقین، ولـم یظهر بینه تشهد بفسقهما، ففی تمکینه من نقضه وجهان، أظهرهما ذلک، بناء علی جواز قضائه بعلمه.

والثـانی: لو قال: أُکرهت علی الحکم بقولهما وکنت أعرف بفسـقهما، قبل قوله من غیر بینه علی الإکراه مع ظهور أمارته، کما لو کان قاضیاً من قبل سلطان جائر یظهر فی حقه ذلک، وإلا فوجهان، ولعلّ القبول أقوی مطلقاً (۲).

ص:۱۰۸۴

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۰: ۱۱۳.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۲۱.

الوصف السادس: طهاره المولد

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « السادس: طهاره المولد، فلا تقبل شهاده ولد الزنا أصلًا، وقيل: تقبل فی الیسیر مع تمسّکه بالصلاح، وبه روایه نادره» (۱).

أقول: إختلف الأصحاب فی شهاده ولد الزنا، فالمشهور بینهم شهره عظیمه کادت تکون إجماعاً، بل هی کذلک فی محکی (الإنتصار) و (الخلاف) و (الغنیه) و (السرائر) أنها لا تقبل أصلًا (۲).

واختلفوا فی تعلیل عدم القبول، فالأکثر علّلوه بورود النصوص الآتیه بذلک، وعلّله ابن ادریس بأن ولد الزنا کافر، محتجاً بالإجماع (۳)، ومن هنا لا تقبل شهادته کغیره من الکفار، واحتج السید بالإجماع وبالخبر الذی ورد أن ولد الزنا لا ینجب، قال: فإذا علمنا بدلیل قاطع أنه لا ینجب، لم یلتفت إلی ما یظهر من الإیمان والعداله، لأنه یفید ظن صدقه، ونحن قاطعون بخبث باطنه وقبح سریرته،

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۲.

۲- ۲) الإنتصار: ۵۰۱، مسأله ۲۷۵، کتاب الخلاف ۶: ۳۰۹، المسأله ۵۷، غنیه النزوع ۲: ۴۴۰، السرائر ۲: ۱۲۲، جواهر الکلام ۴۱: ۱۱۷.

۳- ۳) السرائر ۲: ۱۲۲.

فلا تقبل شهادته، وعلّله ابن الجنيد بورود الخبر أنه شر الثلاثه (۱).

ولكن هذه الوجوه – عدا الأوّل منها – لا تخلو من المناقشه، ولذا لم يوافق عليها بعض القائلين بالمنع أيضاً.

فأما الإجماع الـذى ذكره ابن ادريس على كفر ولـد الزنا، فالظاهر أنه لم يـدعه غيره. وأما الخبر الذى اعتمد عليه ابن الجنيد، فقد اعترضه السـيد: بأنه خبر واحـد لا يوجب علماً ولا عملاً (۲). واعترض الشـهيد الثانى عليه: بأن هـذا الإيراد مشترك بين خبريهما، فلا وجه للتخصيص (۳)وعن (المختلف) الإعتذار للسـيد: بجواز كون خبره متواتراً فى زمانه ثم انقطع (۴)، قال فى (المسالک) : ولا يخفى ما فيه من التكلف وظهور المنع (۵). وأجاب فى (الجواهر) بأنه لا حاجه إلى صحه السند بعد الإنجبار (۶).

قلت: إن اعتراض السيد على ابن الجنيد بضميمه أنه لا يرى حجيه الأخبار الآحاد، ودعواه القطع بأنه لا ينجب، يكشف عن وجود ما يقتضى إفاده الخبر

۱- ۱) الإنتصار: ۵۰۱ ۵۰۲، المسأله ۲۷۵.

۲- ۲) الإنتصار: ۵۰۲، المسأله ۲۷۵.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۲۴.

۴- ۴) مختلف الشيعه ۸: ۴۹۰.

۵- ۵) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۲۳.

۶- ۶) جواهر الكلام ۴۱: ۱۱۹.

الذی احتج به للقطع عنده، فلا یرد علیه ما ذکره صاحب (المسالک) .

وکیف کان، فإن العمده فی المقام هو النصوص الوارده فی المسأله، المتأیده بالوجوه المذکوره، وهذه جمله منها:

۱ - أبو بصیر: « سألت أبا جعفر علیه السلام عن ولد الزنا أتجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت: إن الحکم بن عتیبه یزعم أنها تجوز. فقال: اللهم لا تغفر ذنبه. ما قال اللّه للحکم «وَ إِنَّهُ لَذِکْرٌ لَکَ وَ لِقَوْمِکَ» (۱)» (۲).

قال صاحب (الوسائل) : ورواه الصفار فی بصائر الدرجات عن السندی ابن محمد عن جعفر بن بشیر عن أبان بن عثمان مثله (۳).

وعن علی بن إبراهیم عن صالح بن السندی عن جعفر بن بشیر مثله (۴).

ورواه الکشی فی کتاب الرجال عن محمد بن مسعود، عن علی بن الحسن بن فضال، عن العباس بن عامر، عن جعفر بن محمد بن حکیم، عن أبان بن عثمان مثله وزاد: « فلیذهب الحکم یمیناً وشمالاً، فو اللّه لا یوجد العلم إلا فی أهل بیت نزل علیهم جبرئیل» (۵).

۲ - محمد بن مسلم: « قال أبو عبد اللّه علیه السلام: لا تجوز شهاده ولد الزنا» (۶).

وقد وصف المجلسی فی (مرآه العقول) هذا الخبر بالصحه (۷).

۳ - زراره: « سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: لو أن أربعه شهدوا عندی

۱- ۱) سوره الزخرف ۴۳: ۴۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۴/۱. کتاب الشهادات، الباب ۳۱.

۳- ۳) وسائل الشیعه: ۲۷/۳۷۵. بصائر الدرجات ۲۹: ۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه: ۲۷/۳۷۵، الکافی ۱: ۳۳۰/۵، باب (انه لیس شیء من الحق فی ید الناس الا ما خرج من عند الائمه. . .) .

۵- ۵) وسائل الشیعه: ۲۷/۳۷۵، إختیار معرفه الرجال ۲: ۴۶۹/۳۷۰.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۵/۳. کتاب الشهادات، الباب ۳۱.

۷- ۷) مرآه العقول ۲۴: ۲۴۹/۶.

بالزنا على رجل وفيهم ولد زنا لحددتهم جميعاً، لأنه لا تجوز شهادته ولا يؤم الناس» (۱).

وصفه المجلسى بالموثقه (۲).

۴ – الحلبى: « عن أبى عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن شهاده ولد الزنا. فقال: لا ولا عبد» (۳). وصفه المجلسى بالصحه، وكذا غيره، واعترف بذلك صاحب (المسالك) ثم قال: « لكن دلالته لا تخلو عن قصور» (۴).

وقد أجاب فى (الرياض) عن مناقشه (المسالک) فى سند النصوص (۵)، وفى (الجواهر) : لا ـ حاجه إلى صحه السند بعد الإنجبار والإعتضاد بما عرفت (۶).

وكيف كان، فإن هذه النصوص قد تعبّدتنا بعدم قبول شهاده ولد الزنا وإن كان عادلاً، ولذا قد يفتى بصحه إمامته فى الصلاه من جهه عدم تماميه سند ما دلّ على أنه « لا يؤم» إلا أن ينجبر بفتوى المشهور، وقد جوّز فى (الجواهر) الطلاق عنده على تأمل فيه (۷)، لأن من آثار الطلاق عنده هو التمكن من الشهاده به بعد ذلک، وقد عرفت عدم قبول شهادته.

وهذا هو القول الأوّل فى المسأله، وهو الأقوى.

والقول الثانى ما ذكره المحقق، قال: « به روايه نادره» .

۱– ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۶/۴. كتاب الشهادات، الباب ۳۱.

۲– ۲) مرآه العقول ۲۴: ۲۴۹/۸.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۶/۶. كتاب الشهادات، الباب ۳۱.

۴– ۴) ملاذ الأخيار ۱۰: ۸۶/۱۷، مسالك الأفهام ۱۴: ۲۲۱ – ۲۲۲.

۵– ۵) رياض المسائل ۱۵: ۳۱۹ ۳۲۰.

۶– ۶) جواهر الكلام ۴۱: ۱۱۹.

۷– ۷) جواهر الكلام ۴۱: ۱۲۰ ۱۲۱.

أقول: هی روایه الکلینی بإسناده عن الحسین بن سعید، عن فضاله عن أبان، عن عیسی بن عبد اللّه قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده ولد الزنا، فقال: لا تجوز إلا فی الشیء الیسیر إذا رأیت منه صلاحاً» (۱). وقد قال بها الشیخ فی (النهایه) وابن حمزه کما فی (المسالک) وغیره (۲).

وأُجیب عن هذه الروایه: بحملها علی التقیه کما فی کتاب (الوسائل) وغیره، وبغیر ذلک (۳).

والقول الثالث هو القبول مطلقاً، وهو کما فی (المسالک) للشیخ فی المبسوط أنه یقبل شهادته مع عدالته فی الزنا وغیره، نقل ذلک عن قوم. قال: وهو قوی، لکن أخبار أصحابنا تدلّ علی أنه لا تقبل شهادته (۴).

ویظهر من (المسالک) المیل إلی هذا القول، فإنه قد ناقش فی سند أدله المنع إلا صحیح الحلبی فناقش فی دلالته، وأجاب عن خبر عیسی بن عبد اللّه الدال علی القبول فی الیسیر فقط باشتراک « عیسی بن عبد اللّه» بین الثقه وغیره، قال: فلا یعارض روایته تلک الأخبار الکثیره أو عموم الکتاب والسنه الدالّان علی القبول مطلقاً. ومن هنا اعترض علی کلام الشیخ فی (المبسوط) بقوله: ومجرّد معارضه أخبار أصحابنا لا یقتضی الرجوع عما قوّاه، لجواز العدول عن الأخبار لوجه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۶/۵. کتاب الشهادات، الباب ۳۱.

۲- ۲) النهایه فی مجرد الفتوی: ۳۲۶، الوسیله: ۲۳۰، مسالک الأفهام ۱۴: ۲۲۴، مستند الشیعه ۱۸: ۲۷۱.

۳- ۳) وسائل الشیعه: ۲۷/۳۷۶، کشف الرموز ۲: ۵۲۴، مختلف الشیعه ۸: ۴۹۰، الدروس ۲: ۱۲۷، مسالک الأفهام ۱۴: ۲۲۵، مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۳۸۱، ریاض المسائل ۱۵: ۳۱۹، مستند الشیعه ۱۸: ۲۷۲.

۴- ۴) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۲۲۸، مسالک الأفهام ۱۴: ۲۲۴.

يقتضيه، فقد وقع له كثيراً، ووجه العدول واضح، وإن عموم الأدله من الكتاب والسنه على قبول شهاده العدل مطلقاً يتناول ولد الزنا، ومن ثم ذهب إليه أكثر من خالفنا (١).

وقد استغرب في (الجواهر) هذا الكلام، وأجاب عنه بما لا مزيد عليه (٢).

هذا كلّه في المعلوم ولو شرعاً إنه ولد زنا، قال في (المستند) : هذا البحث قليل الجدوى (٣).

حكم ما لو جهلت حاله

قال المحقق: « ولو جهلت حاله قبلت شهادته وإن نالته بعض الألسن» (٤)قال في (الجواهر) : بلا خلاف ولا إشكال، لإطلاق الأدلّه وعمومها (٥).

أقول: إنه بعد أن تقرّر عدم قبول شهاده ولد الزنا، فإن التمسّك بإطلاق أدلّه القبول وعمومها في من شك في كونه ولد زنا، يكون من التمسّك بالعام في الشبهه المصداقيه للمخصص، وكأن صاحب (الجواهر) يقول بجوازه، وعليه السيد صاحب (العروه) .

ثم قال: نعم، في الرياض يحتمل العدم في صوره النسبه، عملاً بالإطلاق من باب المقدمه، وفيه: إنه لا وجه لها مع أصل شرعي كالفراش ونحوه يقتضي خلافها

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٢ و٢٢٤.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ١١٩.

٣- ٣) مستند الشيعه ١٨: ٢٧٢.

٤- ٤) شرائع الإسلام ٤: ١٣٢.

٥- ٥) جواهر الكلام ٤١: ١٢١.

بل ولو لم يكن فراش على الأصح فى نحوه مما جاء النهى فيه على طريق المانعيه الظاهره فى اختصاص المعلوم دون المشكوك فيه الداخل فى العمومات (۱).

قلت: لكن الذى فى (الرياض) يختلف عما نقله، وهذا نص عبارته: « ثم إن المنع يختص بمن علم كونه ولد الزنا، أما من جهل فتقبل شهادته بعد استجماعه للشرائط الاخر من العداله وغيرها، وإن نسب إلى الزنا، ما لم يكن العلم بصدق النسبه حاصلاً، وبه صرّح جماعه من غير خلاف بينهم أجده. ولعلّه للعمومات واختصاص الأخبار المانعه بالصوره الاولى دون الثانيه، لكونها من الأفراد غير المتبادره، فلا ينصرف إليها الإطلاق كما مرّ غير مره. ويحتمل العدم، لكنه ضعيف فى صوره النسبه، عملاً بالإطلاق من باب المقدّمه» (۲).

إلاـ أن كون الإطلاق منصرفاً إلى الفرد المعلوم، يخالف ما بنى هو وغيره عليه من أن الألفاظ منزّله على المفاهيم الواقعيه لا المعلومه، فإن « الدم» فى: الدم نجس، منزل على الدم الواقعى لا المعلوم كونه دماً، على أن أفراد المشكوك أكثر من المعلوم، فلا يتم هذا الإنصراف. وأما الإطلاق، فقد عرفت كون التمسك به مبنياً على القول به فى الشبهات المصداقيه.

ثم قال فى (الجواهر) : هذا إن لم نقل بظهور أصل شرعى فى الحكم بطهاره مولد كلّ من لم يعلم أنه ابن زنا (۳).

قلت: لكن هذا القول يخالف ظواهر النصوص وعبارات الأصحاب واللّه العالم.

ص:۱۰۹۱

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۲۱.

۲- ۲) رياض المسائل ۱۵: ۳۲۱.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۲۱.

الطرف الثانی: ما به یصیر الشاهد شاهداً

فی أن الضابط العلم أو الوثوق؟

قال المحقق قدّس سرّه: « والضابط العلم لقوله تعالی «وَ لاٰ تَقْفُ. . .» (۱)ولقوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم. . .» (۲).

أقول: إن « الشهاده» من « شهد» بمعنی « حضر» ولکن لیس مطلق الحضور مجوّزاً للشهاده، بل لابدّ من العلم، وسیأتی الکلام فی ما یعتبر فی حصول العلم. ویدلّ علی اعتبار العلم الکتاب والسنه.

فمن الکتاب قوله تعالی: «وَ لاٰ تَقْفُ مٰا لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ» قالوا: « لا تقف، أی: لا تتبع»وفی (الصافی) : لا تقل (۳). وقوله تعالی: «إِلاّٰ مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَ هُمْ یَعْلَمُونَ» (۴)ومن السنه: ما رواه المحقق عن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم أنه قال: وقد سئل عن الشهاده: « هل تری الشمس؟ علی مثلها فاشهد أو دع» (۵).

ویدلّ علیه أخبار أخری، ومنها:

۱ - علی بن غیاث: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: لا تشهدنّ بشهاده

۱- ۱) سوره الاسراء ۱۷: ۳۶.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۲.

۳- ۳) التفسیر الصافی ۳: ۱۹۲. وفیه: ولا تقف: ولا تتبع. القمی: أی لا تقل ما لیس لک به علم.

۴- ۴) سوره الزخرف ۴۳: ۸۶.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۲/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۰.

حتی تعرفها کما تعرف کفک» (۱).

۲ - السکونی: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: لا تشهد بشهاده لا تذکرها، فإنه من شاء کتب کتاباً ونقش خاتماً» (۲).

فالضابط هو العلم، وبمثل عباره المحقق قال الشهید: والضابط فی تحمّل الشهاده العلم بالسماع أو الرؤیه أو بهما (۳)والعلامه فی (القواعد) قال: ومناطه العلم القطعی (۴)، وعلیه صاحب (الجواهر) (۵)وهو الأظهر.

وعن الشیخین والصدوقین وآخرین: العمل بخبر عمر بن یزید الآتی (۶)، بل فی (الدروس) نسبته إلی الأکثر (۷)، بل عن (المختلف) نسبته إلی المشهور بین القدماء (۸)، وهذا نص الخبر بسنده: « محمد بن یعقوب، عن محمد بن یحیی، عن

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۴۱/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۲۳/۴. کتاب الشهادات، الباب ۸.

۳- ۳) الدروس الشرعیه ۲: ۱۳۴.

۴- ۴) قواعد الأحکام ۳: ۵۰۰.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۱۲۱.

۶- ۶) مختلف الشیعه ۸: ۵۱۷ ۵۱۸، کشف اللثام ۱۰: ۳۴۰، جواهر الکلام ۴۱: ۱۲۳.

۷- ۷) الدروس الشرعیه ۲: ۱۳۴.

۸- ۸) ریاض المسائل ۱۵: ۳۹۸، مختلف الشیعه ۸: ۵۲۰.

أحمد بن محمد، عن الحسن [الحسين] ابن على بن النعمان، عن حماد بن عثمان، عن عمر بن يزيد قال قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: الرجل يشهدنى على شهاده، فأعرف خطى وخاتمى، ولا أذكر من الباقى قليلًا ولا كثيراً. قال فقال لى: إذا كان صاحبك ثقه ومعه رجل ثقه فاشهد له» (۱).

وهذه الروايه صحيحه سنداً، وظاهرها كون المناط فى الشهاده هو الوثوق ولا حاجه إلى العلم.

وقد أجاب عنها فى (الرياض) بعد الإعتراف بصحه سندها بالتأمّل فى شهرتها بين القدماء كما هى، قال: لدلالتها على اعتبار كون المدعى أيضاً ثقه، ولم يعتبره من الجماعه غير والد الصدوق خاصه، فالعامل بها على هذا نادر (۲).

لكن فيه: أن عدم عمل المشهور بجزء من مدلول الخبر لا يوجب سقوطه عن الإعتبار، بل الأولى تقييدها بصوره حصول العلم العادى بشهاده الثقه كما فى (الرياض) (۳)و (الجواهر) . قال فى (الجواهر) : على أنه لم نتحقق نسبته إلى الأكثر (۴).

ولو فرض صلاحيتها للمعارضه مع الأخبار المتقدمه المعتبره للعلم، فإنه تعارض العموم من وجه، لأن مفهوم تلك النصوص عدم اعتبار الشهاده من دون علم ولا تذكر، سواء حصل الوثوق أو لم يحصل، ومفهوم الصحيحه كفايه شهاده الثقه سواء حصل علم أو لا، فيقع التعارض فى صوره الإجتماع بين المفهومين، لكن الترجيح لتلك النصوص، لكثرتها وشهرتها بل تواترها كما عن بعضهم، مضافاً إلى

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۲۱/۱. كتاب الشهادات، الباب ۸.

۲- ۲) رياض المسائل ۱۵: ۳۹۹.

۳- ۳) رياض المسائل ۱۵: ۳۹۸.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۱۲۳.

أن أخبار اعتبار العلم موافقه للكتاب، قال تعالى: «وَ لاٰ تَقْفُ مٰا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» (۱)والموافقه مع الكتاب من المرجحات المسلمه.

هل تجوز الشهاده استناداً إلى الإستصحاب؟

قال في (الجواهر) : قد يستفاد من صحيحه معاويه بن وهب وغيره جواز الشهاده بالإستصحاب (۲)، وعن (التنقيح) : يكفي حصول العلم بالمشهود به حين التحمل وإن جوز حصول النقيض في ما بعد في كثير من الصور، كالشاهد بدين مع تجويز ردّه، والشاهد بملك مع تجويز انتقاله، والشاهد بزوجيه امرأه مع تجويز طلاقها، بل يكفيه الإستصحاب (۳). وفي (الوسائل) : « باب جواز البناء في الشهاده على استصحاب بقاء الملك وعدم المشارك في الإرث» (۴).

ثم ذكر ثلاثه نصوص، وهي:

۱ - معاويه بن وهب: « قلت له: إن ابن أبي ليلى يسألني الشهاده عن هذه الدار، مات فلان وتركها ميراثاً وأنه ليس له وارث غير الذي شهدنا له. فقال: إشهد بما هو علمك، قلت: إن ابن أبي ليلى يحلّفنا الغموس، فقال: إحلف إنما هو على علمك» (۵).

۱- ۱) سوره الأسراء ۱۷: ۳۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۱۲۴.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۲۵، التنقيح الرائع ۴: ۳۱۰.

۴- ۴) وسائل الشيعه:۲۷ / ۳۳۶. كتاب الشهادات، الباب ۱۷.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۳۶/۱. كتاب الشهادات، الباب ۱۷.

وهو ظاهر فی جواز الاستناد إلی العلم الظاهری، وهو الاستصحاب. ۲معاویه بن وهب: « قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الرجل یکون له العبد والأمه قد عرف ذلک، فیقول: أبق غلامی أو أمتی، فیکلّفونه القضاه شاهدین بأن هذا غلامه أو أمته لم یبع ولم یهب، أنشهد علی هذا إذا کلّفناه؟ قال: نعم» (۱).

وهو ظاهر فی ذلک کسابقه.

۳ - معاویه بن وهب: « قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الرجل یکون فی داره، ثم یغیب عنها ثلاثین سنه ویدع فیها عیاله، ثم یأتینا هلاکه ونحن لا ندری ما أحدث فی داره ولا ندری ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فی داره شیئاً ولا حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار علی ورثته الذین ترک فی الدار، حتی یشهد شاهدا عدل علی أن هذه الدار دار فلان ابن فلان مات وترکها میراثاً بین فلان وفلان، أو نشهد علی هذا؟ قال: نعم. قلت: الرجل یکون له العبد والأمه فیقول: أبق غلامی أو أبقت أمتی فیؤخذ بالبلد، فیکلّفه القاضی البینه أن هذا غلام فلان، لم یبعه ولم یهبه، أفنشهد علی هذا إذا کلّفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شیئاً؟ فقال: کلّما غاب من ید المرء المسلم غلامه أو أمته، أو غاب عنک لم تشهد به» (۲).

لکن الجواب عن هذه النصوص هو أن صریح الامام علیه السلام فی ذیل الخبر الأخیر المنع عن الشهاده استناداً إلی الإستصحاب، واحتمال الشیخ المجلسی فی (مرآه العقول) أن یکون « لم تشهد» استفهاماً إنکاریاً (۳)، خلاف الظاهر، وبذلک تسقط الأخبار عن الاستدلال، علی أنه یحتمل صدور الخبرین الأوّلین عن تقیه.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۷/۳. کتاب الشهادات، الباب ۱۷.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۶/۲. کتاب الشهادات، الباب ۱۷.

۳- ۳) مرآه العقول ۲۴: ۳۳۲/۴.

قال فی (الجواهر) : وربما توهم من هذا ونحوه أن العلم معتبر فی الشهاده حال التحمل لا ـ حال الأداء، وقد سمعت عباره الدروس (۱).

قلت: مورد عباره (الدروس) فرع آخر، فهناک یلزم الذکر بما کتب ویشترط فی حال الأداء، وهو فیما نحن فیه متذکر حال الأداء وغیر شاک فی وقوع العقد مثلًا، إلا أنه یشک فی بقاء تلک الزوجیه وعدمه.

ثم أجاب رحمه اللّه بأن هذا الکلام مجمل، ضروره أن من الواضح اعتبار الجزم والعلم فی الشهاده کتاباً وسنّه، کما عرفت، بل قد عرفت تعریفها بذلک، فلا یکون الشاهد شاهداً وهو غیر عالم، وحینئذ فالمراد بالشهاده بالإستصحاب إن کان بالمستصحب فهی شهاده بعلم لا بالإستصحاب، وإن أُرید بالشهاده بالإستصحاب، بمعنی الشهاده الآن بشغل ذمته وکونها زوجته وإن لم یکن عالماً بذلک بل کان مستند ذلک علمه السابق، فلا ریب فی عدم صدق تعریف الشهاده علیه.

وحینئذ، فلابدّ من حمل الخبر المزبور علی جواز الشهاده لحصول ضرب من العلم، أو لأن الاستصحاب کاف ولکن القضاه لا یکتفون إلا بالشهاده علی الوجه المزبور، فسوغ له ذلک استنقاذاً لمال المسلم، أو علی غیر ذلک، کما أنه یجب إراده ما یکون به الشاهد شاهداً من التحمل المزبور، لا ـ أن المراد به الفرق بین الشهاده حال الأداء وحال التحمل، إذ هو واضح الفساد، لأن الشهاده حال واحد ومعنی واحد، کما هو واضح.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۲۵.

حكم الشهاده على إقرار المرأه

اشاره

قال فى (الجواهر) : وأما ما روى من جواز الشـهاده على إقرار المرأه إذا حضـر من يعرفها، فمبنى على استثناء مسأله التعريف من الضابط المزبور، ففى خبر ابن يقطين عن أبى الحسن الأول عليه السـلام: « لا بأس بالشـهاده على إقرار المرأه وليست بمسـفره إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها. . .» (۱).

قال: ولكن فى صـحيح الصـفار قال: « كتبت إلى الفقيه عليه السـلام فى رجل أراد أن يشهد على امرأه ليس لها محرم، هل يجوز له أن يشهد عليها من وراء الستر ويسمع كلامها، وإذا شهد رجلان عدلان أنها فلانه بنت فلان التى تشهدك، وهذا كلامها، أو لا تجوز له الشهاده عليها حتى تبرز ويثبتها بعينها؟ فوقع عليه السلام: تتنقب وتظهر للشهاده (۲)» (۳).

وهذا الخبر عندنا مجمل، وقد حمل على التقيه (۴)، ولم يظهر لنا وجه هذا الحمل.

فى مستند الشهاده:

۱ – المشاهده

قال المحقق قدّس سرّه: « ومستندها إما المشاهده أو السماع أو هما. . .» (۵).

۱– ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۱/۱. كتاب الشهادات، الباب ۴۳.

۲– ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۱/۲. كتاب الشهادات، الباب ۴۳.

۳– ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۲۷.

۴– ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۱۲۷.

۵– ۵) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۲.

أقول: قد تقدم أن الضابط فی الشهاده هو « العلم» وأن الشهاده بلا علم غیر مسموعه، ثم إن حصول العلم بالشئ یکون بواسطه الحواس غالباً، فالمبصرات بالإبصار، والمسموعات بالسمع وهکذا. . . ومقتضی کون الضابط هو « العلم» أن یکون للإبصار والسمع وغیرهما طریقیه لا ـ موضوعیه، لکن ظاهر قول المحقق: « فما یفتقر إلی المشاهده: الأفعال، لأن آله السمع لا تدرکها، کالغصب والسرقه والقتل والرضاع والولاده والزنا واللواط، فلا ـ یصیر شاهداً بشیء من ذلک إلا ـ مع المشاهده» (۱). هو الموضوعیه للإبصار فی المبصرات، مع أن الإنسان کثیراً مّا یحصل له العلم بسماع شیء من المبصرات وکأنه قد رآه.

وحیث أن الشرط فی المبصرات عند المحقق هو الإبصار من غیر مدخلیه للسمع فیه، قال:

« ویقبل فیه شهاده الأصم. وفی روایه: یوخذ بأوّل قوله لا بثانیه، وهی نادره» (۲). فإذا رأی بعینه قبلت شهادته مطلقاً وإن کان أصم، وأما الروایه فهی:

جمیل قال: « سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن شهاده الأصم فی القتل. فقال: یؤخذ بأول قوله ولا یؤخذ بالثانی» (۳).

وقد أجاب عنها بکونها « نادره» .

وکیف کان، فإن الکلام فی اشتراط المشاهده فی الأفعال، مع أن الضابط فی الشهاده هو العلم، وأن أدلّه قبول شهاده العالم العادل عامه، ومن هنا أشکل فیه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۲.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۲.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۰/۳. کتاب الشهادات، الباب ۴۲.

جماعه، قال السبزواری: « وفیه إشكال، إذ السماع قد یفید العلم» (۱). وقال كاشف اللثام: « ولعله یمكن استناد الشهاده فیها إلی التواتر، فإنه یفید العلم كالمشاهده، ویجوز أن یكون مراد الأصحاب بالاستناد إلی المشاهده ما یعم الاستناد إلیها بلا واسطه أو بها» (۲).

وقال صاحب (الریاض) : « ویشكل فیما لو أفاده، لعدم دلیل علی المنع حینئذ، مع عموم أدله قبول شهاده العالم.

وإلی هذا الإشكال أشار المولی الأردبیلی، فقال بعد أن نقل عنهم الحكم بعدم كفایه السماع فیما مرّ من الأمثله: وفیه تأمل، إذ یجوز أن یعلم هذه الامور بالسماع من الجماعه الكثیره بقرائن أو غیرها، بحیث یتیقن ولم یبق عنده شبهه أصلاً، كسائر المتواترات والمحفوفات بالقرائن، فلا مانع من الشهاده حینئذ لحصول العلم (۳). ونحوه صاحب (الكفایه) . وهو فی محله.

إلا أن ظاهر كلمه الأصحاب الإطباق علی الحكم المزبور، فإن تم حجه وإلا فالرجوع إلی العموم أولی، إلا أن یمنع بتخیل أن ما دلّ علیه متضمن للفظ الشهاده، وهی لغه الحضور، وهو بالنسبه إلی العالم غیر المستند علمه إلی الحس من نحو البصر وغیره مفقود، إذ یقال له عرفاً ولغه: إنه غیر حاضر للمشهود، واشتراط العلم المطلق فیما مر من الفتوی والنص غیر مستلزم لكفایه مطلقه بعد احتمال أن یكون المقصود من اشتراطه التنبیه علی عدم كفایه الحضور الذی لم یفد غیر الظن، وأنه لابدّ من إفادته العلم القطعی، ومحصله حینئذ أنه لابدّ مع الحضور من العلم، إلا أن مطلقه یكفی.

۱- ۱) كفایه الأحكام ۲: ۷۶۴.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۳۴۱.

۳- ۳) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۴۴۴.

هذا، وربما كان فى النبوى ونحوه إشعار باعتبار الرؤيه ونحوها مما يستند إلى الحس الظاهرى، مع أن القطع المستند إلى الحس الباطنى ربما يختلف شدّه وضعفاً، ولذا يتخلّف كثيراً، فلعلّ الشاهد المستند علمه إليه يظهر عليه خلاف ما شهد به، فكيف يطمئن بشهادته؟

وهذا الخيال وإن اقتضى عدم الإكتفاء بالعلم المستند إلى التسامع والإستفاضه فيما سيأتى، إلا أن الإجماع كاف فى الإكتفاء به فيه، مضافاً إلى قضاء الضروره ومسيس الحاجه، اللذين استدلّوا بهما للاكتفاء به فيه، وهذا أوضح شاهد على أن الأصل فى الشهاده عندهم القطع المستند إلى الحس الظاهرى، إعتباراً منهم فيها للمعنى اللغوى مهما أمكنهم. وهذا الوجه من الخيال وإن كان ربما لا يخلو عن نظر، إلا أن غايه الإشكال الناشيء من الفتاوى والعمومات الرجوع إلى حكم الأصل ومقتضاه، ولا ريب أنه عدم القبول. فاذاً، الأجود ما قالوه لكن مع تأمل» (۱).

قلت: وبالتأمل فى هذا الكلام يظهر عدم ورود نقض (الجواهر) باقتضائه عدم صحه الشهاده لنا لأمير المؤمنين بنصب النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم له إماماً يوم غدير خم، ولا على أبى بكر وعمر بغصب فدك من الزهراء. . . ونحو ذلك من الامور الواصله إلينا بالتواتر أو بالأخبار المخفوفه بالقرائن، قال: بل يقتضى هذا الكلام أن لا تكون الشهادتان شهاده حقيقه، لعدم الحضور فيها (۲). . . وذلك، لأن صاحب (الرياض) وإن قال بأن اشتراط كون العلم فى الشهاده عن حس هو

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۳۶۳ - ۳۶۴.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۱۳۰.

الأصل، لكنه قيّده بصوره الإمكان، ونصّ على قبول الشهاده مع العلم غير المستند إلى الحس فى موارد، لمسيس الحاجه وقضاء الضروره، وادعى الإجماع على القبول فى تلك الموارد.

وبعباره أخرى: إن الشهاده لغه الحضور، وأداء الشهاده لغه وعرفاً: إظهار العلم والإخبار عنه، فإن كان المشهود به من الامور الحسيّه التى يمكن الإخبار بها عن حس، بأن يحضر الأمر فيشاهده أو يسمعه، فهذا لا تقبل الشهاده فيه إلا كذلك، وإن كان من الامور الإعتقاديّه كالشهادتين، فالشهاده فيه إخبار عن الإعتقاد الجازم وإظهار للعلم القطعى به، وإن كان من الامور الحسيّه لكن الإخبار عنه بالعلم المستند إلى الحس متعذر، لوقوعه فى الزمان السابق كواقعه غدير خم، أو متعسّر لصعوبه الحضور عنده لبعده عن مكانه وبلده، فيكفى فى الشهاده العلم الحاصل بالتواتر ونحوه.

ولا ينافى ما ذكر كون الأصل فى الشهاده الحضور، بل قد ورد الشهاده فى اللغه بمعنى الإخبار عن جزم كما هو المصطلح عليه شرعاً.

وبالجمله، لا يرد على (الرياض) شىء مما ذكر صاحب (الجواهر) ، إذ الأصل الذى ذكره يعتبر مهما أمكن، وعليه السيره العقلائيه كما أشار هو إليها، وهذه السيره متصله بزمان المعصوم، ولعل فى قول النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « على مثلها فاشهد أودع» (1)إشاره إلى ذلك، أى: إن رأيت الأمر كما ترى الشمس فاشهد وإلا فدع الشهاده وإن حصل لك العلم عن طريق غير الرؤيه (2). . .

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۴۲/۳. كتاب الشهادات، الباب ۲۰.

۲- ۲) هذا لا يخلو عن تأمل، وإن كنا ذكرناه بعنوان « لعل» .

وبالاعتبار « مهما أمكن» يجمع بين الأصل وما تقدم من أن الضابط هو العلم. . .

وأما كلمات الأصحاب كالمحقق ومن تبعه، فظاهرها التنافى للضابط المذكور كما أشرنا، وهذا ما لا يخفى على من راجعها فى كتبهم مثل (التنقيح) (۱)و (التحرير) (۲)و (المسالک) (۳). . .

وبذلک تعرف ما فى کلام کاشف اللثام وکلام (الجواهر) : بل لعلّ الأصحاب لا يخالفون فى ذلک، وإنما غرضهم فى الكلام المزبور استثناء ما يثبت بالسماع وإن لم يصل إلى حدّ العلم فى الامور السبعه أو الأزيد كما تعرف، لا اعتبار كون الشهاده بطريق البصر بحيث لا يجوز غيره، وإن حصل العلم القطعى حتى بالتواتر ونحوه مما ينتهى إلى المشاهده أيضاً بالواسطه. . .

فإن الحمل المذكور يخالف ظواهر كلماتهم.

۲ - السماع

قال المحقق قدّس سرّه: « ما يكفى فيه السماع، فالنسب والموت والملک المطلق لتعذر الوقوف عليه مشاهده فى الأغلب، ويتحقق كلّ واحد من هذه بتوالى الأخبار من جماعه لا يضمهم قيد المواعده، أو يستفيض ذلک حتى يتاخم العلم. وفى هذا عندى تردد» (۴).

أقول: ليس الوقوف على بعض ما ذكر متعذّراً كذلک.

ص:۱۱۰۶

۱- ۱) التنقيح الرائع ۴: ۳۰۹ ۳۱۱.

۲- ۲) تحرير الأحكام ۵: ۲۶۱ - ۲۶۵.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۲۶.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۳.

ثم إن قسيم المشاهده هو السماع كما ذكر هو وغيره، والذی یکفی فی هذه الامور هو التسامع المسمی بالشیاع تاره وبالإستفاضه أُخری، کما ذکره هو رحمه اللّه أیضاً، وهذا غیر السماع، ومن هنا قال فی (الجواهر) : « فلا إشکال فی سماجه العباره وما شابهها» ثم قال: « وأسمجها عباره الدروس المزبوره» (۱)یعنی قول الشهید: « والضابط فی تحمل الشهاده العلم بالسماع أو الرؤیه أو بهما، فیکفی الإستفاضه فی تسعه. . . والمراد بها إخبار جماعه یتاخم قولهم العلم وقیل: یحصّله، وقیل: یکفی شاهدان علی اعتبار الظن» (۲). وذلک لتصریحه بالإستفاضه متفرعه بالفاء علی السماع.

قال فی (الجواهر) : « نعم، أحسنها عباره الإرشاد حیث قال فی ذکر شرائط الشاهد: العلم وهو شرط فی جمیع ما یشهد به، إلا النسب و (۳). . . فقد اکتفی فی ذلک بالإستفاضه بأن یتوالی الأخبار. . .» (۴).

حیث جعل « الإستفاضه» بالمعنی الذی ذکره مقابلاً للعلم.

وکیف کان، فقد ذکر المحقق هنا تحت عنوان « ما یکفی فیه الإستفاضه» ثلاثه أمور، وفی (النافع) أربعه، بخذف الموت وزیاده النکاح والوقف (۵)، وذکر بعضهم أقل من الثلاثه حتی اقتصر بعضهم علی النسب فقط، وبعضهم أکثر من ذلک، ومنهم المحقق نفسه فی قضاء (الشرائع) وسنذکر عبارته قریباً، حتی ذکر فی

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۳۱.

۲- ۲) الدروس الشرعیه ۲: ۱۳۴.

۳- ۳) إرشاد الأذهان ۲: ۱۶۰.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۱۳۱ - ۱۳۲.

۵- ۵) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۳، المختصر النافع: ۲۸۱.

(الجواهر) قولاً بكفايه الإستفاضه فى سته وعشرين أمراً (١).

فهل المراد من القبول فى هذه الامور عدم اشتراط العلم فيها، أو أنه يشترط ولكن لا يشترط استناده إلى الحس؟ الظاهر: هو الأوّل.

وقد ذكر المحقق فى كتاب القضاء فى الامور التى تثبت بالإستفاضه ما نصّه: « تثبت ولايه القاضى بالإستفاضه، وكذا يثبت بالإستفاضه النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق» (٢). فزاد فيها أموراً على ما ذكر هنا.

فأوضح صاحب (الجواهر) معنى الإستفاضه بقوله: التى تسمّى بالشياع، الذى يحصل غالباً منه سكون النفس واطمئنانها بمضمونه، خصوصاً قبل حصول مقتضى الشک، بل لعلّ ذلک هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعاً أو حكماً، وحينئذ، فلا ريب فى الإكتفاء به قبل حصول مقتضى الشک، أما معه، فقد يشک فيه، لكن فى غير الولايات التى جرت السيره بالإكتفاء بها بمثل ذلک (٣)، وهذا ظاهر فى كون الإستفاضه بنفسها حجه وإن لم يحصل منها الإطمينان الشخصى، لأنها تفيده نوعاً، وقد فصّلنا الكلام فى ذلک فى كتاب القضاء، فراجع.

هذا، وما الدليل على كفايه الإستفاضه فى هذه الامور؟

قال فى (الجواهر) : « لم نعثر فى شىء من النصوص الواصله إلينا على ما يستفاد منه حكم ذلک إلا مرسل يونس. . . والخبر المشتمل على قضيه إسماعيل. . .» قال: « وقد ذكرناهما فى كتاب القضاء، وذكرنا الكلام فيهما، وقد اشتمل الأوّل

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ١٣٢، والظاهر سبعه وعشرين. لأنه بعد ما عدّ القول بكفايه العشره قال: بل قيل بزياده سبعه عشر إليها. فلاحظ.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ٧٠.

٣- ٣) جواهر الكلام ۴٠: ۵۵.

منهما على غير ما ذكره الأصحاب.

وكيف كان، فقد اتفق الجميع على ثبوت النسب به» (1).

قلت: وقد ذكرنا نحن هناك الإشكال فى الإستدلال بالمرسله، أمّا الصحيحه فقلنا بأنها « صريحه فى اعتبار الشياع بين الناس وترتيب الأثر عليه بأن لا يأتى الإنسان بما يخالف مقتضاه» .

وأما الإشكال على الصحيحه: باشتمالها على معصيه إسماعيل لأبيه عليه السلام وهو بعيد جّداً، فيندفع بحمل نهى الإمام عليه السلام على الإرشاد، فدلاله الصحيحه على حجيه الشياع تامه، اللهم إلاـ على احتمال أن يكون مراد الإمام عليه السلام هو الإحتياط من هكذا شخص، لا ترتيب الأثر على مقتضى الشياع فى حقه. . . وهذا ما ذكرناه فى كتاب القضاء. . . لكن ظاهر قوله عليه السلام: « إن شارب الخمر لا يزوّج. . .» (2)بل قوله عليه الصلاه والسلام: « ولا تأتمن شارب الخمر» (3)هو أن من شاع عنه ذلك يجوز نسبته إليه، فتدبّر.

وكيف كان، ففى قيام السيره على الإكتفاء بالإستفاضه إلا فى حال وجود منكر كما سيأتى كفايه، والصحيحه إمضاء لها. . .

هذا كلّه بالنسبه إلى حجيه الشياع والإستفاضه.

حكم الشهاده استناداً إلى الإستفاضه

إنما الكلام فى حكم الشهاده استناداً إلى الإستفاضه، والتحقيق: إنه يدور

1- 1) جواهر الكلام 41: 132 - 133.

2- 2) وسائل الشيعه 19: 82/1. كتاب الوديعه، الباب 6.

3- 3) وسائل الشيعه 19: 82/1. كتاب الوديعه، الباب 6.

أمر الشهاده استناداً إلی الإستفاضه مدار « العلم» المأخوذ فی الضابطه، من حیث الطریقیه أو الموضوعیه. فعلی الموضوعیه، یشترط تحقق العلم، والأثر یترتب علیه دون غیره إلا بدلیل خاص، وقد عرفت عدم دلاله الصحیحه إلا علی حجیه الإستفاضه، من غیر تعرّض لباب القضاء والشهاده، فإن إثبات الحجیه لموضوع أمر وجواز الشهاده أو القضاء استناداً إلیه أمر آخر، ومن هنا یظهر أنه لا تعارض بین الصحیحه وحدیث: « إنما أقضی بینکم بالبینات والأیمان» (۱)حتی یجمع بینهما بالعموم والخصوص، خلافاً لقضاء (الجواهر) ، ووفاقاً له هنا. وعلی الجمله، فإن ما یفید حجیه الإستفاضه یثبت حکماً ذاتیاً لها، ولا علاقه له بحکم طارئ علی الإستفاضه، وهو جواز أو عدم جواز الشهاده استناداً إلیها. وعلی الطریقیه کما هو الظاهر المستفاد من کلمات جماعه من المحققین کما تقدم نظیر العلم المأخوذ فی « کل شیء لک طاهر حتی تعلم أنه قذر» (۲).

فإن کلّ ما ثبتت طریقیته یقوم مقام العلم فی جواز الإستناد إلیه فی الشهاده، ومن ذلک الإستفاضه، فیجوز الشهاده استناداً إلیها، ویکون المراد من الحدیث « إنما أقضی. . .» هو القضاء بین الناس بحسب الحجج الظاهریه، فیقضی بالبینه والیمین من حیث کونهما حجّتین، فلا تعارض کذلک بین الحدیث والصحیحه، بل تتقدّم الصحیحه علیه بالحکومه أو الورود.

فهذا هو التحقیق والملاک فی المقام ونظائره، وبما ذکرنا یظهر لک ما فی بعض الکلمات.

ص:۱۱۱۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۳: ۴۶۷/۴. أبواب النجاسات، الباب ۳۷، وفیه: کلّ شیء نظیف. . .

وكيف كان، فقد قام الدليل الخاص وهو الاتفاق كما في (الجواهر) على ثبوت النسب بالشهاده المستنده إلى الإستفاضه (١).

وفي (المسالك) التشكيك في ثبوته بالنسبه إلى الاُم والجدّات، لإمكان رؤيه الولاده (٢).

وأشكل عليه في (الجواهر) : بأن ذلك وإن كان ممكناً، إلا أنه لا يطّلع غالباً إلا النساء بالأقاويل منهن، ولذا اكتفى بشهادتهن، فهو في الحقيقه مما لا يمكن رؤيته في العاده، على أنه بالنسبه إلى الجدّات العاليات غير ممكن، لأن شهاده الفرع في الثالثه غير مسموعه، والتواتر بحيث يرجع إلى محسوس في الطبقه الاولى متعذر أو متعسر، ومن هنا أطلق الأصحاب النسب من غير فرق بين الأب والاُم (٣).

وفي (المسالك) أيضاً: ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبه الناس أن لا يعارضهم ما يورث التهمه والريبه، فلو كان المنسوب إليه حيّاً فأنكر لم تجز الشهاده. . .

وهل يقدح في ذلك طعن من يطعن في النسب؟ وجهان، أظهرهما: مراعاه الشرط، وهو الظن المتاخم أو العلم (٤).

قلت: وقيام السيره على ما ذكره غير بعيد، ولعلّ هذا منه تقييد للقبول، وإلا فهو رحمه اللّه يقول بثبوت النسب بالشهاده المستنده إلى الشياع والإستفاضه. . . لكن معقد الإجماع المدّعى هو القبول مطلقاً.

قال المحقق: « وقال الشيخ: لو شهد عدلان فصاعداً صار السامع متحمّلاً

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ١٣٣.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٨.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ١٣٣.

٤- ٤) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٩.

وشاهد أصل لا شاهداً على شهادتهما، لأن ثمره الإستفاضه الظن وهو حاصل بهما. وهو ضعيف، لأن الظن يحصل بالواحد» (1).

أقول: إن كان الشيخ قد استفاد من دليل حجيه الإستفاضه كون ملاك حجيتها هو إفاده الظن، فكلّ ظن حجه، توجّه عليه نقض المحقق، لأنه ليس مطلق الظن بحجه، بل الظن الحاصل من خصوص الإستفاضه. . . لكن استفاده الشيخ ذلک من دليل حجيه الإستفاضه غير معلومه، ولذا قيّد بالعدلين، ولا يبعد أن يكون الشيخ قد جعل (العلم) فى ضابط الشهاده بما هو طريق لا بما هو موضوع، وحينئذ، تقبل الشهاده المستنده إلى الحجه وإن لم تكن بعلم، وشهاده العدلين حجه.

ص:1112

1- 1) شرائع الإسلام 4: 133.

فرعٌ: (هل يتحقق التحمل لو سمعه يقول للكبير هذا ابنی وهو ساكت؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو سمعه يقول للكبير: هذا ابنی وهو ساكت، أو قال: هذا أبی وهو ساكت، قال فی المبسوط: صار متحملًا، لأن سكوته فی معرض ذلك رضا بقوله عرفاً (۱)، وهو بعيد، لاحتماله غير الرضا» (۲).

قال صاحب (الجواهر) : وهو جيد إن انضم إلی ذلك قرائن أفادت العلم بالحال، أما السكوت من حيث أنه سكوت، فبعيد كونه دالًا علی الرضا عرفاً، بل ممنوع (۳). . .

أقول: والإنصاف أن مفروض المقام ليس بأقل من الشياع، بل إنه لا ينفك من العلم العادی، إلا إذا انضم إليه ما يوهنه كما لو أنكر، فما ذهب إليه الشيخ فی (المبسوط) فی غايه المتانه، لكنه لا يتم إلّاعلی الطريقيّه، لأن السكوت فی هذا الموضع طريق إلی الإقرار لا أنه مثبت للنسب.

وأما قوله: لأن السكوت فی معرض ذلك رضا.

ففيه: إنه لو لم نقل بأنه إقرار، فإنه لا مدخليّه الرضا بكونه ولداً له، أو الرضا

۱- ۱) المبسوط فی فقه الإماميّه ۸: ۱۸۱، بتفاوت.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۳.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۳۶.

بمضـمون کلامه، لثبوت النسب، ولو قال: أنا راض بکونه ولـداً لی لم یثبت به النسب، فمن یقول بترتب الأثر علی هـذا الکلام لا یقول إلاـ من جهه أن کلاـم المـدعی فیه نظیر کلاـم ذی الیـد، مع أنه بلا معارض، وسـکوت الطرف فی موقع الإنکار دلیل علی تصدیق قوله، لا إنه کاشف عن الرضا.

تفريع على القول بالإستفاضه:

الفرع الأوّل: (الشاهد بالإستفاضه لا يشهد بالسبب)

قال المحقق قدّس سرّه « الشاهد بالإستفاضه لا يشهد بالسبب» (١).

أقول: إنه على القول بحجيه الإستفاضه وثبوت الاُمور المذكوره بها، وجواز الشهاده فيها استناداً إلى الإستفاضه، فإن على الشاهد أن يشهد مستنداً إلى الإستفاضه فى ثبوت أصل الملك، وأما أن يشهد بسبب حصول الملك مثل البيع والهبه والإستغنام فلا، لأن السبب المذكور لا يثبت بالإستفاضه، بل الذى يثبت بها هو الامور المخصوصه المذكوره، فلا يجوز للشاهد أن يعزى الملك إلى ذات السبب مع فرض إثباته بالشهاده المستنده إلى الإستفاضه، وإلا كان كاذباً فى النسبه المزبوره التى لا طريق له شرعى ولا عرفى إلى تحققها كى يشهد بها.

نعم، له أن يقول: هذا ملك فلان، والناس يقولون انه قد اشتراه مثلاً. فيشهد بأصل الملك جازماً به، ويذكر مستنده فى الشهاده بالسبب وهو الشراء.

هذا إذا كان السبب من الامور التى لا تثبت بالإستفاضه.

وأما إذا كان من جمله الامور المخصوصه، كالموت، صحّت شهادته، ولذا

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٣٣.

قال المحقق:

« أما لو عزاه إلى الميراث صح، لأنه يكون عن الموت الذى يثبت بالإستفاضه» (۱).

فإذا سمع الشاهد بالإستفاضه أن هذا ملك زيد ورثه عن أبيه الميت، فله أن يشهد بالملك وسببه، لأنهما يثبتان بالإستفاضه. بخلاف ما إذا سمع مستفيضاً إن هذا الملك لزيد اشتراه من عمرو، فله أن يشهد بالملك المطلق لا بالبيع، لأن البيع لا يثبت بالإستفاضه، فلو فعل ذلک على وجه لا يكون كاذباً كما أشرنا، ففى قبول شهادته بالملک دون السبب وجهان، اختار المحقق الأول حيث قال:

« والفرق تكلّف، لأن الملك إذا ثبت بالإستفاضه لم تقدح الضميمه، مع حصول ما يقتضى جواز الشهاده» (۲).

أى: إن الشهاده تسمع حينئذ فى الملك وتلغو الضميمه وهى السبب الذى لا يثبت بالإستفاضه، وذلك لوجود المقتضى للقبول فى الملک، وهو الإستفاضه دون السبب.

والوجه الثانى هو: عدم القبول، لأنها شهاده واحده وهى لا تبّعض.

قلت: إذا كانت شهاده واحده كما إذا قال: هذا ما اشتراه زيد من عمرو، حيث يشهد بالشراء ولازمه ثبوت الملک، أشكل القبول، لأنها شهاده واحده، وليست شهاده بأمر منضماً إليها أمر آخر، ولأن عدم ثبوت الفصل وهو الشراءيقتضى عدم ثبوت الجنس الذى فى ضمنه وهو الملک، والفرض عدم استفاضته إلا به.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۳.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۳.

قال فی (الجواهر) : اللهم إلا أن یقال إن ذلک من قبیل السرقه بالنسبه إلی المال دون القطع، ومرجعه إلی إجراء الأحکام صرفاً لا إثبات موضوع (۱)(۲).

قال فی (المسالک) : « وتظهر الفائده فیما لو کان هناک مدّع آخر وله شهود بالملک وسببه من غیر استفاضه، فإن بینته ترجح علی بینه هذا الذی لم یسمع إلاـ فی المطلق المجرد عن السبب، وفی القسم الأوّل یعنی الذی یثبت فیه السبب بالإستفاضه یتکافئان. ولو کانت بیّنه الآخر شاهده له بالملک المطلق رجحت بیّنه هذا یعنی ذی السبب الذی یثبت بالإستفاضه فی الأوّل علیه، وکافئت بینه الآخریعنی الذی لم یثبت سببها بالإستفاضه فی الثانی» (۳).

نعم، بناء علی أن شهاده البینه جازمه، والشهاده المستنده إلی الإستفاضهبناء علی أنها لاـ تفید العلم ظنّیه، والظنّیه لا تعارض الجازمه، تکون الاولی هی المرجحه.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۳۷.

۲- ۲) لم یتضح لنا معنی هذا الکلام، وفی السرقه جهتان: حق الناس وقد تقرر ثبوت الحق المالی بشاهد ویمین المدعی، وحق اللّه وهو الحد، وقد تقرر أن الحد لا یجری إلا بالبینه، ولیس فی ما نحن فیه جهتان، بل هو الملک مع خصوصیه حصوله بالشراء مثلاً لا بالهبه مثلاً.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۳۲.

الفرع الثانی: (إذا شهد بالملک مستنداً إلی الإستفاضه هل یفتقر إلی مشاهده الید؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا شهد بالملک مستنداً إلی الإستفاضه هل یفتقر إلی مشاهده الید والتصرف؟ الوجه: لا» (۱).

أقول: إذا شهد بالملک مستنداً إلی الإستفاضه وقد شاهد الید والتصرف فلا إشکال فی جواز هذه الشهاده وسماعها، إنما الکلام فی افتقار هذه الشهاده فی جوازها للشاهد أو سماعها للحاکم إلی مشاهده الید والتصرف، فالوجه عند المحقق هو أنه لا یشترط ذلک، لما تقدّم من أن الملک المطلق یثبت بالإستفاضه التی کانت حجه، فکما لا ـ حاجه فی شهاده البینه وقبولها إلی ضمّ ضمیمه، لحجیّه البینه، فکذلک الإستفاضه، فإذا شهد العدل به استناداً إلیه قبلت شهادته. ووجه عدم القبول إلا مع المشاهده هو إمکان الإطّلاع علی أسباب الملک، فلابدّ من ضمیمه ما یفید القوه للشهاده، لضعف دلاله الإستفاضه علی الملک ویقوم مقام السبب من الید والتصرف.

وأُجیب عنه فی (المسالک) و (الجواهر) بأن الید والتصرف لیسا من الأسباب بل هما طریقان، فلو فرض اشتراط الإطلاع علی السبب لم یقوما مقامه،

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۴.

وإن كانا ظاهرين فی الملک (۱).

لو تعارض الید والسماع المستفیض فأیهما المرجح؟

قال المحقق: « أما لو كان لواحد ید وللآخر سماع مستفیض، فالوجه ترجیح الید، لأن السماع قد یحتمل إضافه الاختصاص المطلق المحتمل للملک وغیره، ولا تزال الید بالمحتمل» (۲).

أقول: هل المراد من « الید» فی هذه العباره ید المدّعی المجرّده، أو البیّنه المستنده إلی الید؟

قد تقرّر أن للحاكم أن یحكم استناداً إلی الإستفاضه، وبدلیل حجیتها یقید إطلاق « إنما أقضی بینكم بالبیّنات والأیمان» ، فلو كان المحكوم علیه ذاید، تقدّم قول المدّعی الذی حكم له الحاكم استناداً إلی الإستفاضه، إذ الید لا تقاوم حجه من الحجج، بل لو لم یكن للمدعی شیء أصلاً أقسم الحاكم صاحب الید، فإن نكل حكم علیه وانتزعت العین من یده، وهذا یكشف عن أنه لا أثر للید فی مقابل الإستفاضه وغیرها من الحجج، ومنه یظهر أن مراد المحقق من « الید» لیس الید المجرّده، بل المراد تعارض البینه المستنده إلی الید مع البینه المستنده إلی الإستفاضه، وقد تقرّر فی كتاب القضاء تقدم الاولی علی الثانیه لأنها أقوی، من جهه اعتضادها بالید.

هذا كلّه، إن كان المراد بیان وظیفه الحاكم.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۳۳، جواهر الكلام ۴۱: ۱۳۸. بتفاوت.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۴.

وإن كـان المراد وظيفه الشاهـد الـذى يرى العين بيـد واحـد وقـد شـاع كونها لآخر، فلأيهما يشـهد؟ هنا يمكن القول بأنه يشـهد لصاحب اليـد، لما ذكرنا من أن السـيره قائمه على الشـهاده اسـتناداً إلى الإسـتفاضه فى حال عدم وجود ما يوهن الإسـتفاضه، فلو حصل سقطت الإستفاضه عن الحجيه، فلا تعارض حتى يقال بترجيح اليد. ومن هنا أيضاً يظهر أن المراد من قوله « فالوجه ترجيح اليد» أن وظيفه الحاكم حينئذ ترجيح البينه المستنده إلى اليد على المستنده إلى الإستفاضه.

ثم إنه بنـاء على مـا ذكره المحقق، من أن السـماع قـد يحتمـل إضافه الإختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره، نقول: إن الأمر يـدور مـدار الظهور، فإن كان للسـماع ظهور فى الملكيه، فلا محـذور فى تقدم اليد على هذا الظهور، وإلا فلا أثر للبينه المسـتنده إليه كذلك.

وقـد أشـكل فى (المسالـك) على المحقق: بـأن مـا ذكره إنمـا يتم إذا كان محصل السـماع أن هـذه الـدار مثلاً لفلان، فإن اللّام تحتمـل الملك والاختصاص الـذى هو أعم منه، أما إذا كان محصـله أن « الـدار ملك فلان» فلم يتم، لأنه صـريح فى المقصود، بخلاف اليـد. ولابـدّ من فرض المسأله على الوجه الأول، ليتم التعليل ويناسب الحكم المتقـدم من ترجيـح الملك على اليد، وإن كان إطلاق البينه المستنده إلى الإستفاضه أعم من ذلك (١).

وقد وافقه صاحب (الجواهر) فى هذا الإشكال، ثم أشكل على التفصيل المذكور (٢).

ص:١١٢٠

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٢٣۴.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴١: ١٣٩.

وعلى الجمله، إنه إن استند إلى الإشاعه على الملك وشهد على الملك، تقدّم السماع على اليد، وإن كان المشاع هو الاختصاص فشهد بالملك استناداً إلى تلك الإشاعه أخذاً بظهور الاختصاص فى الملك فاليد مرجحه على السماع.

ص:۱۱۲۱

ثلاث مسائل

الاولیٰ: (فی أن التصرف فی الشیء شاهد علی الملک)

قال المحقق قدّس سرّه: « لا ریب أن المتصرف بالبناء والهدم والإجاره بغیر منازع یشهد له بالملک المطلق» (1).

أقول: التصرف الظاهر فی الملکیه کالهدم والبناء، والبیع والشراء، تجوز الشهاده بالملکیه استناداً إلیه، وقد شرط المحقق عدم منازع ینازعه فی ذلک، فإن وجد فلا یشهد لوهن الکاشفیّه.

وفی (المسالک) : واعتبر فی التصرف التکرر، لجواز صدور غیره من غیر المالک کثیراً (2).

وعن (المبسوط) عدم کفایه التصرف فی نحو الشهر والشهرین (3). لکن عن (الخلاف) التصریح بعدم الفرق بین الطویله والقصیره (4).

ویدلّ علی ما ذهب إلیه المحقق السیره المستمره، فإن الناس یتعاملون مع من

1- 1) شرائع الإسلام 4: 134.

2- 2) مسالک الأفهام 14: 235.

3- 3) المبسوط 8: 182. عنه مسالک الأفهام 14: 235.

4- 4) کتاب الخلاف 6: 264، المسأله 14. عنه مسالک الأفهام 14: 235.

تصدر منه تلک التصرفات العامله مع المالک، فیشترون منه ویستأجرون، ومن اشتری منه الشیء حلف علی أنه ملک له.

ویدلّ علیه أیضاً: الإجماع عن الشیخ فی (المسالک) وغیره (۱).

وقد یستدلّ له بخبر حفص بن غیاث عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « قال له رجل: إذا رأیت شیئاً فی یدی رجل یجوز لی أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه فی یده ولا أشهد أنه له، فلعلّه لغیره، فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: أفیحلّ الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: فلعلّه لغیره، فمن أین جاز لک أن تشتریه ویصیر ملکاً لک، ثم تقول بعد الملک هو لی وتحلف علیه، ولا یجوز أن تنسبه إلی من صار ملکه من قبله إلیک؟ ثم قال أبو عبد اللّه علیه السلام: لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» (۲).

فإنه وإن لم یکن فیه لفظ « التصرف» لکن فیه دلاله علی ذلک، بعموم قوله علیه السلام فیه: « لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» . إلا أن المحقق یفرق بین « التصرف» و « الید» ، فلا یجوز الشهاده استناداً إلی الید، کما ستعرف.

وهذا الخبر وإن کان ضعیفاً سنداً إلا أنه منجبر بالشهره، وفی (المسالک) : إنه موافق للقوانین الشرعیه، ولکن لم نعثر علی غیره من النصوص، وقد ناقش فی (الجواهر) فی دلالته، کحدیث فدک الذی استدلّ به فی (الریاض) بعد خبر حفص قائلاً: قریب منه الصحیح المروی فی الوسائل عن علی علیه السلام فی حدیث فدک، إنه قال لأبی بکر: « تحکم فینا بخلاف حکم اللّه تعالی فی المسلمین؟ قال: لا.

ص:۱۱۲۳

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۳۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۲/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲۵.

قال: فإن كان يد المسلمين على شيء يملكونه ادّعيت أنا فيه، من تسأل البينه؟ قال: إياك أسأل البينه على ما تدّعيه على المسلمين. قال: فإذا كان في يدي شيء فادّعي فيه المسلمون تسألني البينه على ما في يدي وقد ملكته في حياه رسول اللّه وبعده، ولم تسأل المؤمنين البينه على ما ادّعوه على كما سألتني البينه على ما ادّعيته عليهم. الخبر» (۱).

بأن الدلاله على أصل الملكيه شيء، وجواز الاستناد إلى التصرف أو اليد في الشهاده عليها شيء آخر، على أنه ليس في خبر حفص تعرض للتصرف، اللهم إلاـ أن يكون بينه وبين اليد ملازمه، لا سيما في المدّه الطويله، لكن ظاهر المحقق نفيها، وأنه لا يدلّ قوله عليه السلام: « لو لم يجز. . .» على جواز الشهاده استناداً إلى التصرف، إذ لا يختل بعدم الشهاده استناداً إليه أمر السوق ومعاش المسلمين، بخلاف اليد، فإن ذلك يلزم من عدم جواز الشهاده استناداً إليها قطعاً.

قلت: قد ذكرنا سابقاً أنه إن كان العلم المأخوذ في ضابط الشهاده طريقاً، فإن كلّاً من التصرف واليد ونحوهما طريق، ولعلّ هذا مراد (المسالك) من موافقه خبر حفص للقواعد (۲)، وإلا فمن البعيد القول بأن دليل كاشفيه التصرف عن الملكيه دليل على جواز الشهاده بها استناداً إلى التصرف وإن كان المراد منه العلم الموضوعي فلا يجوز العمل به، لأنه يقتضي جواز ما لا يجوز في الشرع، أو يحمل على غير الشهاده عند القاضي، لكنه خلاف الظاهر، فلاحظ.

ولعلّه لما ذكرنا قال المحقق في (النافع) بأن الأولى الشهاده بالتصرف دون

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۴۱، وسائل الشيعه ۲۷: ۲۹۳/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲۵.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۳۶.

الملک، لأنه دلاله علی الملک ولیس بملک (۱).

وأما منع جواز الشهاده من جهه أن التصرف قد یکون من غیر المالک، فقد یتصرف المستأجر فی العین المستأجره، فلا ظهور للتصرف فی الملکیه، فیشکل المساعده علیه، لأن التصرف ظاهر فی الملکیه ظهوراً تامّاً عند العقلاء، وقد ذکرنا قیام السیره علیه.

هل یشهد بالملک لمن فی یده دار مثلاً؟

ثم تعرّض المحقق لحکم الشهاده استناداً إلی الید بقوله: « أما من فی یده دار فلا شبهه فی جواز الشهاده له بالید، وهل یشهد له بالملک المطلق؟ قیل: نعم، وهو المروی، وفیه إشکال من حیث أن الید لو أوجبت الملک له لم تسمع دعوی من یقول: الدار التی فی ید هذا لی، کما لا تسمع لو قال: ملک هذا لی» (۲).

أقول: نعم، لا شبهه فی جواز الشهاده له بالید، وهل یشهد له بالملک المطلق؟ قولان. الأول: نعم، وهو المروی، رواه حفص بن غیاث عن أبی عبد اللّه علیه السلام. والثانی: لا، لأن الید لا ظهور لها فی الملکیه، فلو کان لم یسمع دعوی من یقول: الدار التی فی ید هذا لی کما لا تسمع لو قال: ملک هذا لی، من جهه کونه إقراراً بالملکیه، لکن الدعوی مسموعه، فالید أعمّ من الملکیه، بخلاف التصرف، فإنه ظاهر فیها، وحینئذ، فلو آجر عیناً لغیره وهی فی ید صاحبها، فامتنع المالک من تسلیم العین إلی المستأجر، حکم للموجر المتصرف، من جهه کون تصرفه

۱- ۱) المختصر النافع: ۲۸۱. وفیه: والأولی الشهاده بالتصرّف لأنه دلاله الملک. . .

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۴.

أقوى فى الدلاله.

ونقض على المحقق: بأنه إذا لم تقبل تلك الدعوى، يلزم عدم قبول قوله: ما فى يدى ملك لك، مع أنه مقبول، لأن اليد أعمّ من الملكيه، فإذا قال ذلك فقد أقرّ بالملكيه، ولو كانت اليد ظاهره فى الملك لكان هذا القول بمعنى: ما فى ملكى ملك لك، وهذا تناقض.

وفى (الجواهر) نقضاً عليه: إنه يلزم عدم قبول ما إذا قال: ما فى تصرّفك ملك لى، لأنكم تقولون بأن دلاله التصرف أقوى.

وأُجيب عن كلام المحقق حلّاً: بأن اليد والتصرّف ظاهران فى الملكيه، وقوله: ملك ملكى نصّ فيها، ولا تمانع بين النص والظاهر.

وفى (المسالك) نسب ما ذكره المحقق إلى الشيخ فى المبسوط (١).

وأُجيب أيضاً: بأن الشاهد له علم مطابق لليد أو التصرف، فيشهد بعلمه بلا فرق، وحيث لا يعلم لا يشهد بلا فرق كذلك.

ولكن هذا الجواب يبتنى على اعتبار العلم فى الشهاده، والكلام مع المحقق هو فى الشهاده استناداً إلى الإستفاضه أو اليد أو التصرف، مع عدم إفادتها للعلم.

قال فى (الجواهر) : إن لم يوافق المحقق على النص المذكور من جهه ضعفه وعدم انجباره، فلا يجوز الشهاده استناداً إلى هذه الامور، لأن الشهاده غير إثبات الموضوع بشىء من الأدله وهى السيره والإجماع والأولويه. وأما مع اعتبار الخبر فالملازمه بين ثبوت الشىء والشهاده عليه ثابته. لكن صاحب (الجواهر) ينكر

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٢٣٧.

دلاله الخبر (۱).

وعلى الجمله، فإن العلم الحاصل من الإستفاضه كاف، بل يكفى إن أفاد الظن المتاخم، فله الشهاده على طبقه فى الملك ونحوه، بل قيل: يكفى وإن لم يفد الظن أو كان الظن على الخلاف، ثم قالوا: إن الملك بذاته ليس مما يرى ولذا يكفى فيه السماع، ولكن هل يعتبر فى الشهاده وجود ما يدلّ على الملك مما يشاهد كاليد والتصرف؟ قالوا: لا يشترط.

وحينئذ، فالإستفاضه وحدها كافيه فى الشهاده، فإن انضم إليها التصرف واليد فذاك منتهى الإمكان وقد ادعى الإجماع على أن للشاهد القطع بالملك حينئذ - وكذا اليد والتصرف بلا استفاضه، وأما اليد المجرّده أو التصرف المجرّد، فلا إشكال فى الشهاده بنفس اليد أو التصرف، وهل له الشهاده بالملك استناداً إليها؟ فيه كلام وخلاف.

فالصور فى المسأله أربع، وقد تعرّض لها فى (المسالك) بقوله: « إذا اجتمع فى ملك يد وتصرف واستفاضه بالملك، فلا إشكال فى جواز الشهاده له بالملك، بل هو غايه ما يبنى عليه الشهاده، وإنما يحصل الاشتباه فيما لو انفرد واحد من الثلاثه أو اجتمع اثنان. . .» (۲).

وفى (التنقيح) ما حاصله: دلائل الملك أقسام:

أعلاها، وهو حصول الإستفاضه واليد والتصرف بلا منازع، وهو منتهى

۱- ۱) راجع جواهر الكلام ۴۱: ۱۴۴.
۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۳۳.

الإمکان، فللشاهد القطع بالملک إجماعاً.

والثانی: ید وتصرف بالهدم وتغییر الشکل وإیقاع عقود متکرره بغیر منازع فی الصورتین، لکن لاسماع.

والثالث: مجرد ید من غیر تصرف، وهنا یشهد له بالید خاصه، وهل یشهد له بالملک؟

الرابع: مجرد التصرف (۱)، وفیه مسائل:

قیل: یکفی فی الشهاده بالملک مشاهدته یتصرف فی ملکه، وفیه روایه، والأولی الشهاده بالتصرف (۲)، وهو المشار إلیه بقول الشیخ فی الخلاف وتردده، وجعل ذلک روایه الأصحاب.

ثم إن کاشف اللثام ذکر أن الشهاده بمقتضی الطرق الشرعیّه نظیر الشهاده بالمسبب بمشاهده السبب الشرعی، فقال ما حاصله: تشبیه الشهاده بمقتضی الطرق الشرعیّه بالشهاده علی أثر الأسباب الشرعیّه، فإنها أیضاً محتمله للفساد کما تحتمل الطرق التخلف (۳).

واستغربه صاحب (الجواهر) وأشکل علیه بالفرق بین الأمرین، من جهه أن السبب لا یتخلّف عن تأثیره فی المسبب، بخلاف الطرق فقد تتخلّف عن الإصابه للواقع، قال: إن الشارع قد جعل السبب فی الظاهر سبباً للأثر فیه علی وجه لم یتخلّف عن مقتضاه، بخلاف الطریق، فإنه قد جعله طریقاً مع تخلّفه، إذ التصرف قد یجامع غیر الملک، بخلاف البیع الصحیح بحسب الظاهر فإنه لا یتخلّف عن أثره فیه کالسبب فی الواقع.

۱- ۱) التنقیح الرائع: ۳۱۴ ۳۱۵.

۲- ۲) المختصر النافع: ۲۸۱.

۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۳۴۹، عنه جواهر الکلام ۴۱: ۱۴۴.

وإن أبيت عن ذلـك وفرضت صوره يختلف فيها الشـهاده بالسـبب وبأثره، لم تجوز الشـهاده بالأثر أيضاً، بل لابـدّ فيها إذا كانت عند الحاكم من الشهاده بالسبب نفسه.

ولعلّه لذا أوجب الأصحاب ذكر السبب فى الشهاده بالجرح ولم يجوّزوا الشـهاده بالأثر، لاحتمال كونه غير مسبب عند الحاكم، وليس هو إلا للتجنب عن التدليس والتلبيس ونحوهما ومنه المقام حتى مع عدم المعارض أيضاً، لأن الشهاده بالأثر تقطع معارضه الخصم لو أرادها، والفرض أن واقع الشاهد غيره، أو على غير ذلك مما يوافق القوانين الشرعيّه.

قال: ومن ذلك يعرف أنه لا وجه لما فى المسالك من دعوى موافقه الخبر المزبور للقوانين الشـرعيه، إذ من المعلوم أنها تقتضى كون الشاهـد لا يشـهد بعلم، وإلا على مثل الشـمس ومثل الكف، والفرض أنه يشـهد بمشـكوك فيه أو مظنون العدم، وإن جوّز الشارع شـراءه ممن فى يده كذلك، لكن ذلك لا يقتضى الشهاده بملكيته له، إذ من المعلوم أن الشارع لم تكن له حقيقه شرعيه فى الشـهاده ولا ـ مراد شـرعى، بـل هى بـاقيه على المعنى الـذى هو الإخبـار الجازم على الوجه المخصوص، فأىّ مـدخليّه للثبوت الشـرعى فى تحقق معناها العرفى؟ نعم، إذا أراد الشـهاده على مثل الشـمس يشـهد بالتصـرف نفسه وباليد نفسها، فيحكم الحاكم بمقتضاها (١).

قلت: لعـلّ نظر الشـهيد إلى أنه إذا كـان الخبر حجه، فإمّـا يكون العلم موضوعـاً، وإمـا يكون طريقاً، فإن كان طريقاً، تقـدّم الخبر وروداً أو حكومه، وهذا موافق للقاعده، وإن كان موضوعاً، يكون الخبر خاصاً، وهذا أيضاً موافق

١ – ١) جواهر الكلام ٤١: ١٤٥.

للقاعده، إنما الكلام فی استلزام العمل بهذا الخاص لتجویز الکذب، وهذا إشکال آخر لصاحب (الجواهر) ، فلابدّ من حمل الخبر علی صوره حصول العلم، بناءاً علی إراده العلم العادی العرفی منه فی ضابط الشهاده، لا العلم الحقیقی الدقی، فإن تشخیص حدود المفاهیم موکول إلی العرف.

المسأله الثانيه: (فی ثبوت الوقف والنكاح بالإستفاضه)

قـال المحقق: « الوقف والنكـاح يثبت بالإسـتفاضه، أمـا على مـا قلناه، فلا ريب فيه، وأما على الإسـتفاضه المفيـده لغالب الظن فن الوقف للتأبيد، فلو لم تسـمع فيه الإسـتفاضه لبطلت الوقوف مع امتداد الأوقات وفناء الشـهود، وأما النكاح، فنا نقضـى بأن خديجه عليهـا السـلام زوجه النبى صـلّى اللّه عليه وآله وسـلّم كما نقضـى بأنها أُم فاطمه عليها السـلام، ولو قيل: إن الزوجيه تثبت بالتواتر كان لنا أن نقول: التواتر لا يثمر إلا إذا اسـتند السماع إلى المحسوس، ومن المعلوم أن المخبرين لم يخبروا عن مشاهده العقد ولا عن إقرار النبى غ، بل نقل الطبقات مستند إلى الإستفاضه التى هى مستند الطبقه الاولى، ولعلّ هذا أشبه بالصواب» (۱).

أقول: قوله « أمـا على ما قلناه فلا ريب فيه» يـدلّ كما فى (المسالك) على أن مختاره اشتراط العلم فى الشـهاده بالإسـتفاضه ولم يصرح به فيما سبق، وإنما تردد فيه (۲)، فعلى هذا المبنى، لا ريب فى ثبوت الوقف والنكاح بها، لأنه ليس وراء العلم شىء.

وأما بناء على الإستفاضه المفيده لغالب الظن فيثبتان أيضاً، أما الوقف فإنه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۴.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۴۰.

للتأبيد، فلو لم يجز الشهاده فيه بالإستفاضه أدّى إلى بطلان الوقوف، لأن شهود الوقف لا يبقون، والشهاده الثالثه لا تسمع، وأما النكاح فنا نقضى بأن خديجه عليها السلام زوجه النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم، ولم يثبت ذلك إلا بالإستفاضه، لأنا ما شاهدناهم.

قال فى (المسالك) : واعترض على الأوّل: بأن الشهاده بدون العلم منهى عنها، فتخصيص ذلك بالوقف تحصيلاً لمصلحه ثبوته، ليس بأولى من تخصيص النهى عن سماع الشهاده الثالثه بالوقف لهذه المصلحه، بل هذا التخصيص أولى، لأنه لا مانع منه عقلاً، بخلاف الشهاده بمجرد الظن.

قال: وأجاب عنه المصنف بأن المانع من سماع الشهاده الثالثه النقل والإجماع، فلم يكن معارضتها بالتخصيص، بخلاف الشهاده بمجرد الظن، فإنه لا إجماع على منعها، بل الأكثر على تجويزها، ويمنع من كون العقل دالاً على النهى عن ذلك، لأن أكثر الأحكام الشرعيّه مبناها على الظن (١).

واعترض على الثانى: بما ذكره المحقق نفسه وأجاب عنه بقوله: ولو قيل (٢). . .

قلت: لم يتعرّض المحقق فى العباره للشهاده، بل يقول: يثبت. . . وهو ظاهر فى الثبوت لدى الحاكم، أى: إن الحاكم له الحكم استناداً إلى الإستفاضه فى أُمور ذكرها المحقق نفسه فى كتاب القضاء، وإن الوجه الذى ذكره هنا للوقف يأتى فى النسب أيضاً.

والأولى أن نستدلّ للقبول بالسيره غير المردوعه، لعدم جواز الرجوع إلى

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٩.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٨.

الظن المجرد فی باب القضاء والشهادات، إلا أن الظن الذی قامت السیره علی قبوله والاستناد إلیه یسدّ مسد العلم، ویکون المراد من: « إنما أقضی بینکم بالبینات والأیمان» (۱)هو الحکم بمطلق الحجّه، لا خصوص البینه والیمین.

وأما قضاؤنا بأن خدیجه علیها السلام زوجه النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم، فهو عن علم لا عن ظن، للقرائن الخارجیه الموجبه للیقین، بل فی (المسالک) تحقق التواتر فیه، فإنه بعد أن ذکر جواب المحقق قال: وفیه نظر، لأن الطبقه الاولی السامعین للعقد المشاهدین للمتعاقدین، بالغون حدّ التواتر وزیاده، لأن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم کان ذلک الوقف من أعلی قریش وعمّه أبو طالب علیه السلام المتولی لتزویجه کان حینئذ رئیس بنی هاشم وشیخهم ومن إلیه مرجع قریش، وخدیجه علیها السلام کانت من أجلّاء بیوتات قریش، والقصه فی تزویجها مشهوره وخطبه أبی طالب فی المسجد الحرام بمجمع قریش ممن یزید عن العدد المعتبر فی التواتر، فدعوی معلومیه عدم استناد الطبقه الاولی إلی مشاهده العقد وسماعه، ظاهره المنع، وإنما الظاهر کون ذلک معلوماً بالتواتر، لاجتماع شرائطه، فلا یتم الاستدلال به علی هذا المطلوب (۲).

وناقشه فی (الجواهر) بأن جلالتهم وشهرتهم وغیر ذلک لا تقتضی معلومیه مشاهده العقد لعدد التواتر، کما نری الآن بالوجدان فی تزویج بنات السلاطین وأولادهم، لا یبلغ المشاهدون للفظ العقد فیه ذلک، نعم یستفیض ویشتهر ذلک علی وجه یحصل العلم بذلک، وإن لم یکن بطریق التواتر، فلا أقل من احتمال کونه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۲.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۴۰.

كـذلك، فـدعوى معلوميه التواتر واضـحه المنع أيضـاً، ولعـلّ الأولى دعوى حصول العلم من الإسـتفاضه المزبوره وإن لم يحرز اجتماع شرائط التواتر فيها، نحو غيرها من أفراد الإستفاضه فى البلدان والملوك وغير ذلك (۱).

أقول: إلا أن ما ذكره الشـهيد هو الأظهر، فقـد كانوا فى ذلك الزمان يجرون الصـيغه بصوره علنيه وعند جميع الحاضـرين، لا فى مجلس لا يشـهده أحد ولا يحضـره غير العاقدين كما يتفق كثيراً فى زماننا، لكن بلوغ الحاضرين عدد التواتر فى الطبقه الاولى لا يحقق التواتر لنا، لتوقف تحققه على بلوغ عدد الطبقه الثانيه الناقلين للخبر عن الاولى للعدد المذكور، وهكذا الثالثه فما بعد.

فالأولى أن يقال بالتواتر بالنسبه إلى الطبقه الاولى، وبحصول العلم بالإستفاضه فيما بعدها من الطبقات.

وكيف كان، فإن الإستفاضه يثبت بها النكاح والوقف، للسّيره غير المردوعه من قبل الشارع. واللّٰه العالم.

ص:۱۱۳۴

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۴۸.

المسأله الثالثه: (فی حکم شهاده الأخرس وکیفیتها)

قال المحقق قدّس سرّه: « الأخرس یصحّ منه تحمّل الشهاده وأداؤها، ویبنی علی ما یتحققه الحاکم من إشارته، فإن جهلها اعتمد فیها علی ترجمه العارف بإشارته، نعم، یفتقر إلی مترجمین، ولا یکون المترجمان شاهدین علی شهادته، بل یثبت الحکم بشهادته أصلاً لا بشهاده المترجمین فرعاً» (۱).

أقول: الأخرس یصح منه تحمّل الشهاده، لأنه کسائر الأفراد فی مشاهده ما یفتقر إلی البصر، فإطلاقات أدلّه الشهاده شامله له، وکذا تعمّه الأدلّه فی قبول الشهاده منه إذا أدّاها، اللهم إلا أن یدّعی انصراف الإطلاقات عنه، لکن المسأله لا کلام فیها ولا خلاف.

وحیث یرید أداء الشهاده عند الحاکم، فتاره: یفهم الحاکم المقصود من إشارته، وأخری: لا یفهمه، فعلی الأول یبنی علی ما یتحققه الحاکم من إشارته، لأن إشاره الأخرس تقوم مقام اللفظ من غیره، فکما یبنی علی ما یفهمه من لفظ المتکلم، کذلک یبنی علی ما یفهمه من إشاره الأخرس، وعلی الثانی، یعتمد الحاکم فی معنی الإشاره علی ترجمه العارف بها، لأن الأخرس کغیره یعتمد علی من یعرف لغته.

ص:۱۱۳۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۵.

وهل يشترط تعدد المترجم؟

قال المحقق هنا: « يفتقر إلى مترجمين» وكذا في كتاب القضاء حيث قال « إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان عدلان ولا يقتنع بالواحد، عملاً بالمتفق عليه» (١).

أى: لأن الترجمه مردده بين الشهاده والروايه، فإن كانت من الشهاده شملتها أدلّه اعتبار التعدد في الشهاده، وإن كانت من الروايه شملتها أدلّه اعتبار خبر العادل، وحيث لا دليل ولا أصل يعيّن الموضوع، لم يجز التمسک بدليل أحد الأمرين، لكونها شبهه موضوعيه، إلا أنه لا يقنع الحاكم بالمترجم الواحد من جهه كون قبول ترجمه الاثنين متيقناً، أمّا لو كان واحداً ثم شك في نفوذ الحكم المستند إلى ترجمته كان الأصل عدمه.

وذكر في (الجواهر) هناك دعوى أن الأصل هو الروايه، لأن الشهاده قسم من الخبر، ولكن اعتبر الشارع في بعض أفرادها التعدّد، فما لم يثبت فيه التعدّد يبقى على عموم ما دلّ على قبول خبر العدل، لأن المخصص حجه في المتيقن وهو الشهاده، وفي المشكوک يتمسک بالعام والشبهه مفهوميه.

وأجاب عنها: بأن الروايه والشهاده مفهومان متباينان في العرف الذى هو المرجع في تشخيص المفاهيم، فتاره: يراد فهم معنى اللفظ أو المراد من الإشاره فلا يحتاج إلى اثنين، وأخرى: يراد الوقوف على الواقع والحكم طبق الترجمه، اعتبر

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ٧۶.

التعدد (۱).

أقول: وبناءاً على أن المترجم ليس شاهداً كما سيأتى فلا يشترط التعدد.

ثم قال صاحب (الجواهر) فى كتاب القضاء: وقد يقال: إنه يمكن استفاده اعتبار التعدد فى كلّ ما كان له مدخليه فى القضاء، ولو موضوع المدعى وتزكيه الشاهد وجرحه وغير ذلك، ومنه حينئذ الترجمه لشهاده الشاهد ودعوى المدعى أو نحو ذلك، لا الترجمه من حيث كونها ترجمه وإن لم تكن فى موضوع يتعلق به القضاء (۲).

قلت: والإنصاف: الفرق بين ترجمه اللغات وترجمه الإشارات، ففى الاولى يكفى الواحد، لأن المترجم يشهد بما هو محسوس له، وفى الثانيه قد يستند فى الترجمه إلى الحدس، فإن من عرف إشاره الأخرس على أثر المعاشره معه، يحتاج فى فهم مراداته إلى إعمال حدسه ونظره، وحينئذ، لا تعم أدلّه حجيه خبر العدل ترجمه إشاره الأخرس، لأنها لا تشمل الحدسيّات، فيشترط تعدد المترجم، ولا يلزم من اشتراطه توقف الأحكام وتعطيل الحقوق، لاسيما مع إمكان إحلاف الأخرس، كما فى الخبر عن محمد بن مسلم قال:

« سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين وأنكر، ولم يكن للمدعى بينه؟ فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين ولم يكن للمدعى بينه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام:

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۰: ۱۰۷.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۰: ۱۰۷.

الحمد للّه الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بيّنت للاُمه جميع ما تحتاج إليه. ثم قال: إيتونى بمصحف فأَتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه إلى السماء وأشار أنه كتاب اللّه عزّوجل، ثم قال: إيتونى بوليّه، فأُتى بأخ له فأقعده إلى جنبه ثم قال: يا قنبر على بدواه وصحيفه، فأتاه بهما، ثم قال لأخى الأخرس: قل لأخيك هذا بينك وبينه، إنه على، فتقدم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين عليه السلام: واللّه الذى لاـ إله إلاـ هو عالم الغيب والشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر والعلانيه: إن فلان ابن فلان المدعى ليس له قبل فلان ابن فلان أعنى الأخرس حق ولا طلبه بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الأسباب. ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه، فامتنع فألزمه الدين» (۱).

وهل تكون الترجمه شهاده فرع فى القضيه؟

قال المحقق: « لا يكون المترجمان شاهدين على شهادته» (۲)بل إنها شهاده بمعنى اللفظ أو المراد من الإشاره، ومن شهد بذلك لاـ يشهد بتحقق أصل المطلب، وعلى هذا، فإن رأى الحاكم إشاره الأخرس وترجم عدلان عارفان بإشاراته تلك الإشاره كان للحاكم فى أصل المطلب، جاعلاًـ الأخرس شاهداً على الأصل، دون المترجمين لإشارته، فإنهما يترجمان إشارته ولا يكونان شاهدى فرع، ولذا لا يشترط حضورهما ولا عدم حضورهما تلك الإشاره، بل يكفى الترجمه عند الحاكم، فلو كانت شهاده فرع منهما، لم تسمع الترجمه منهما مع حضور الأخرس، بناءاً على عدم سماع شهاده الفرع مع حضور شاهد الأصل.

هذا ما ذكره المحقق هنا.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۰۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۳۳.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۵.

وقال فی (النافع) فی کتاب الإقرار: ویشهد علی الأخرس بالإشاره ولا یقیمها بالإقرار (۱). . . وعلّله فی (الریاض) بقوله: لاحتمال خطائه فی الفهم، فیتحقق الکذب (۲).

أی: لأن الکذب یتحقق بالخبر المشکوک فی صدقه، کما یتحقق بالخبر المقطوع بمخالفته للواقع.

ثم قال فی (الریاض) : ولعلّه مراد من علّل المنع عن الإقامه بنفس الإقرار بالکذب المطلق لا باحتماله، کالحلی وغیره (۳)، وإلا فیشکل الحکم بإطلاق الکذب، فقد یعلم الشاهد بإقراره ویحصل له القطع به من إشارته، فلا یکون کذباً، فکیف یعلّل به؟ اللهم إلاـ أن یکون المراد أن الإقرار حقیقه فی الإخبار عن الحق باللفظ الدالّ علیه، بحکم التبادر وغیره، فیکون بالإشاره مجازاً، وإرادته من الإقرار المطلق المنصرف إلی اللفظ بغیر قرینه غیر جائز، فإطلاقه من دونها یصیّره کذباً. وفیه نظر، فإن خرسه قرینه حال واضحه (۴)علی إرادته الإخبار بالإشاره من الإقرار المطلق دون الحقیقه، فلا کذب. انته کلام الریاض (۵).

واعترضه فی (الجواهر) بعد نقله بقوله: قلت: قد یقال: أولاًـ إن إشاره الأخرس کاللفظ من غیره، فیکتفی بالظاهر منها، کما یکتفی بالظاهر منه فی جمیع

ص:۱۱۳۹

۱- ۱) المختصر النافع: ۲۸۱.

۲- ۲) ریاض المسائل ۱۵: ۳۸۸.

۳- ۳) السرائر ۲: ۱۲۷، المهذب ۲: ۵۶۰.

۴- ۴) أی: إنه إذا قال: أقرّ الأخرس. کان معناه: أشار، لا أنه تلفظ، لوضوح أن الأخرس لا یمکنه النطق.

۵- ۵) ریاض المسائل ۱۵: ۳۸۸.

المواضع، ولكن الإنصاف عدم خلو هذا عن النظر (۱).

أقول: وجه النظر هو الفرق بين الكلام والإشاره، إذ ليست الإشاره كاللفظ فى الظهور، فإن الإشاره يفهم المراد منها بمعونه القرائن، وهى مختلفه، فبعضها يفيد العلم وبعضها لا يفيده، بخلاف اللفظ، فإنه إن كان ظاهراً فى معناه فبنفسه، وحينئذ، لا يعبأ العقلاء باحتمال إراده المعنى المخالف للظاهر. وبعباره اخرى: اللفظ ظاهر فى معناه بالوضع، وظهور الإشاره بالقرينه، وهى قد يخطأ فيها، وقد لا تفيد العلم بالمعنى.

قال: وثانياً: لا ينبغى الإشكال فى جواز الشهاده عليه بالإقرار، بمعنى الإلتزام، مع القطع بالمراد من إشارته، بل لعلّه كذلك فى غير الأخرس أيضاً، على أن المفهوم من إشاره الأخرس غالباً يستند إلى قرائن الأحوال التى لا يمكن نقلها أو يتعسر، فتكليف الشاهد بنقلها متعذر أو متعسر. وقد عرفت أن مدار الشاهد على العلم. ومما ذكرنا يظهر لك الحال فى الترجمه أيضاً، فتأمل (۲).

أقول: لعلّه وجهه هو أنه كما أن الجارح إن لم يصرّح بالسبب لم تقبل شهادته بالجرح، من جهه احتمال أن لا يكون السبب الذى اعتمده الشاهد جارحاً فى نظر الحاكم، فكذلك إشاره الأخرس، فإنها قد يستفيد شخص منها معنى ويستفيد آخر معنى آخر، وقد تفيد الإشاره العلم بمعنى لكن يختلف الاثنان فى بيانه وترجمته.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵۰.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵۰.

فإذن الأقوى: الشهاده بالإشاره. واللّه العالم.

۳ – السماع والمشاهده

قال المحقق قدّس سرّه « الثالث: ما يفتقر إلى السماع والمشاهده، كالنكاح والبيع والشراء والصلح والإجاره، فإن حاسّه السمع يكفى فى فهم اللفظ، ويحتاج إلى البصر لمعرفه اللّافظ، ولا لبس فى شهاده من اجتمع له الحاستان» (۱).

أقول: هذا لا كلام فيه ولا خلاف، فإن من اجتمع له الحاستان يشهد بوقوع العقد أو الإيقاع، لأنه قد سمع اللّفظ، ورأى اللّافظ، فيقول: أشهد بوقوع هذا العقد مثلاً من زيد، وتكون هذه الشهاده مقبوله، للعمومات والإطلاقات، إنما الكلام فى بعض فروع المسأله التى ذكرها المحقق، فقد قال:

فى شهاده الأعمى فى العقد وعلى العاقد

« أما الأعمى فتقبل شهادته فى العقد قطعاً، لتحقق الآله الكافيه فى فهمه، فإن انضمّ إلى شهادته معرّفان جاز له الشهاده على العاقد مستنداً إلى تعريفهما، كما يشهد المبصر على تعريف غيره» (۲).

أقول: إذا فقد الشاهد البصر، توقف شهادته على العاقد على تعريف عدلين له، فإذا عرفاه شهد كما قال المحقق هنا، وفى (النافع) « ولا يشهد إلا مع المعرفه أو شهاده عدلين بالمعرفه» (۳).

قال فى (الرياض) : « لا خلاف بين الأصحاب فيما أعلم فى اعتبارهم العلم

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۵.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۵.

۳- ۳) المختصر النافع: ۲۸۱.

الشرعى المستند إلى شهاده العدلين أيضا. (قال) : بل ظاهر السرائر الإجماع عليه، فإنه قال: فإذا حضر الشاهد فلا يجوز له أن يشهد إلا على من يعرفه، فإن أراد أن يشهد على من لا يعرفه، فليشهد بتعريف من يثق إلى ديانته من رجلين عدلين عند أصحابنا. . .» (1).

وفى (الكفايه) : « قالوا: فالأعمى إن انضمّ إلى سماعه معرّفان يشهدان على العاقد جاز له الشهاده عليه» (2).

وعلى الجمله، فلا كلام فى جواز الشهاده، والمستند فى الجواز هنا كما فى (الرياض) عن ظاهر السرائر إنما هو فتوى الأصحاب.

وفى (الجواهر) : لعلّه لإطلاق خبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: « سألته عن شهاده الأعمى فقال: نعم، إذا أثبت» (3)بناء على أن المراد من إثباته ما يشمل شهاده العدلين، مضافاً إلى النصوص الدالّه على جواز الشهاده على المرأه إذا حضر من يعرفها، بعد حمل ما فى بعضها من وجوب كشفها عن وجهها وعدم الإجتزاء بشهاده العدلين على التقيه (4).

وحيثما استندت شهادته إلى شهاده العدلين، فهل يذكر الشهاده مطلقه كالبصير أو لا، بل يقول: أشهد على فلان بتعريف فلان وفلان؟ ذهب الأكثر إلى الأوّل، وهو ظاهر عباره المحقق فى (النافع) (5)وقد تبعه السيد صاحب

١- ١) السرائر ٢: ١٢٦، رياض المسائل ١٥: ٣٨٦.

٢- ٢) كفايه الأحكام ٢: ٧٦٧.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢/٤٠٠. كتاب الشهادات، الباب ٤٢.

٤- ٤) جواهر الكلام ٤١: ١٥٠ ١٥١.

٥- ٥) المختصر النافع: ٢٨١.

(الریـاض) (۱)لکن عبـارته هنـا لیست مثلهـا فی الظهور، ومن هنـا احتمـل فی (الجواهر) کون المراد منهـا هو الثـانی (۲)، لکن یضعّفه عدم تعرض (الریاض) له.

وکیف کان، فقد نسب الثانی إلی جماعه من الأصـحاب، ومنهم الحلی فی (السـرائر) (۳)والفاضل فی (التحریر) وغیره (۴)، بل عن (کشف اللثام) إرساله إرسال المسلّمات (۵).

وتظهر الثمره فی کونه شاهد أصل أو فرعاً، فمقتضـی الأوّل: کونه شاهد أصل، ومحصّله کفایه العلم الشرعی فی الشهاده، فیکون المقام من موارد الاستثناء من الضابط فیها وهو « العلم» ، من جهه ظهوره فی معناه الحقیقی لغه وعرفاً.

وفی (الجواهر) بعـد القول الثانی: « ومقتضاه عدم قبول الشـهاده إذا لم تکن علی الوجه المزبور، لما فیه من إیهام المعرفه بنفسه، وقطع الطریق علی الخصم لو أراد جرح شـهود التعریف مثلًا، بل هذا یومئ إلی أن شـهاده التعریف من شهاده الفرع أو بحکمها، الذی ستعرف أنه کذلک فیها، وحینئذ ینقدح من هذا أنه لا استثناء لهذه الصوره من ضابط العلم. . .» (۶).

أقول: تاره: یقول المعرفان: هذا الشخص هو العاقد فیقول الأعمی: هذا

ص:۱۱۴۳

۱- ۱) ریاض المسائل ۱۵: ۳۸۶.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵۱.

۳- ۳) السرائر ۲: ۶.

۴- ۴) تحریر الأحکام ۵: ۲۶۲، مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۴۵۳.

۵- ۵) کشف اللثام ۱۰: ۳۴۲، جواهر الکلام ۴۱: ۱۵۱.

۶- ۶) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵۲.

هو العاقد كما يقول المعرّفان، فهذه شهاده فرع، وأخرى: يقولان للأعمى: الذى سمعته أجرى العقد هو هذا، فشهد الأعمى على العاقد، فهذه شهاده أصل لا فرع، غير أن العاقد تعين بتعريف العدلين، ومورد الخلاف هو الصوره الثانيه، وقد اختار العلامه فى (التحرير) الوجه الثانى، إلا أنه نص على أنه لا يكون شاهد فرع، فقد قال: « ولو شهد عنده عدلان بالنسب شهد عليه مستنداً إلى شهاده المعرفين بالتعريف، فيقول أشهد على فلان بتعريف فلان وفلان، ولا يكون فى الإقرار شاهد فرع» (١).

فكلامه صريح فى خلاف ما ذكره (الجواهر) بقوله: « بل هذا يومى. . .» نعم، يمكن حمل عباره (التحرير) على أنها شهاده أصل بالنسبه إلى السمع وشهاده فرع بالنسبه إلى البصر، وكيف كان، فليست شهاده الفرع.

وعباره (السرائر) ليست صريحه فى القول الثانى وإن نسب إليه فى (الرياض) (٢)بل كما يحتمل اعتبار أن يقول: سمعت رجلين عدلين أنه زيد، كذلك يحتمل قبول شهادته مطلقه حين الأداء، لكنها مستنده إلى شهاده العدلين، بل لعلّ الثانى هو الأظهر، لقوله بعد تلك العباره: « فأما الواحد والنساء فلا يشهد بتعريفه ولا تعريفهن، لأنه لا دليل على ذلك، وإذا أقام الشهاده أقامها كذلك، فإذا أشهد على امرأه وكان يعرفها بعينها جاز له أن يشهد عليها، وإن لم ير وجهها، فإن شك فى حالها لم يجز له أن يشهد عليها إلا بعد أن تسفر عن وجهها، ويثبتها معرفه، فإن عرفها من يثق بديانته من العدلين جاز له الشهاده عليها وإن لم تسفر عن وجهها. . .» (٣). فإنه ظاهر فى الشهاده بلا اشتراط لذكر المعرفين فى الشهاده.

١- ١) تحرير الأحكام ۵: ٢۶٢.

٢- ٢) رياض المسائل ١۵: ٣٨۶، السرائر ٢: ١٢۶.

٣- ٣) السرائر ٢: ١٢۶ ١٢٧.

هذا كلّه لو حصل المعرفان.

قال المحقق: « ولو لم يحصل ذلك وعرف هو صوت العاقد معرفه يزول معها الاشتباه، قيل: لا ـ يقبل، لأن الأصوات تتماثل، والوجه: أنها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأنّا نتكلم على تقديره. وبالجمله، فإن الأعمى تصح شهادته متحملاً ومؤدياً عن علمه وعن الإستفاضه فيما شهد به بالإستفاضه» (۱).

أقول: في هذه الصوره قولان، نسب الأوّل وهو المنع في (الجواهر) إلى الشيخ في محكى الخلاف مستدلاً عليه بالإجماع والأخبار (۲)، وعلله المحقق بقوله: « لأن الأصوات تتماثل» . وذهب المحقق قدّس سرّه إلى الثاني، وتبعه صاحب (الكفايه) قال: الأقرب القبول إن حصل له العلم وادعاه (۳)، بل في (المسالك) : هو الأشهر، قال: لأن الفرض علمه القطعي بالقائل ومعرفته إياه، ووقوع ذلك أكثرى مشاهد في كثير من العميان. . . وللإجماع على أن للأعمى أن يطأ حليلته اعتماداً على ما يعرفه من صوتها (۴). . . وأما احتمال الاشتباه لتماثل الأصوات، فيندفع باليقين، فإنا نتكلّم على تقديره.

أقول: أمّا ما استدلّ به الشيخ في (الخلاف) فأمران:

أحدهما: الأخبار، لكن الشيخ لم ينقل روايه تدلّ على المنع، بل ذكر روايه

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۵.

۲- ۲) كتاب الخلاف ۶: ۲۶۶، المسأله ۱۶، وعنه كشف اللثام ۱۰: ۳۴۲، جواهر الكلام ۴۱: ۱۵۲.

۳- ۳) كفايه الأحكام ۲: ۷۶۷.

۴- ۴) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۴۲.

محمد بن قيس الداله على القبول بطريقين.

والآخر: الإجماع لكن فی (المسالک) أن الأشهر هو القبول.

وأما التعليل الذی ذكره المحقق، فإن كان المراد منه مجرّد احتمال الاشتباه، ففيه: ما ذكره فی الجواب، وإن كان المراد عدم حصول اليقين للأعمی، ففيه: إنه تشكيک فی الوجدان والمشاهد من كثير من العميان، اللهم إلا أن يراد أنه لما كان الغالب فی العميان هو الاشتباه، كان الوجه عدم قبول الحاكم شهادته، حتی لو حصل للأعمی العلم وادّعاه، بأن لا يكون احتمال الاشتباه علّه للحكم حتی ينتفی بانتفائه، بل يكون حكمه له يؤخذ بها حتی فی موارد عدم الاشتباه يقيناً.

وأما الاستدلال للقبول بالإجماع علی جواز وطئ الأعمی زوجته اعتماداً علی ما يعرفه من صوتها، ففيه: إنه ليس لأحد منع غيره عن ترتيب الأثر علی يقينه، وكذلک ما نحن فيه، فإن الأعمی إذا حصل له اليقين جاز له الشهاده، لكن الكلام فی قبول الحاكم لشهادته، ولذا لو وقع النزاع بينه وبين زوجته، لم يكن يقين الأعمی دليلاً للحاكم علی الحكم بكونها زوجه له.

وكيف كان، فإن الأقرب هو القبول، لخبر محمد بن قيس (۱)المعتضد بفتوی المشهور.

حكم ما لو تحمل وهو مبصر ثم عمی

قال المحقق: « ولو تحمّل شهاده وهو مبصر ثم عمی، فإن عرف نسب المشهود به أقام الشهاده، وإن شهد علی العين وعرف الصوت يقيناً جاز أيضاً» (۲).

أقول: إذا تحمل شهاده يحتاج إلی البصر وهو بصير ثم عمی، فإن تحمّلها

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۰/۱ و۲. كتاب الشهادات، الباب ۴۲.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۵.

على رجل معروف النسب والاسم لرجل معروف النسب والاسم، فله أن يشهد بعد ما عمى، لحصول العلم بالمشهود له والمشهود عليه، بلا خلاف ولا إشكال كما فى (الجواهر) (١).

وإن شـهد على العين وعرف الصوت يقيناً، جاز أيضاً بناءاً على المختار فى الفرع المتقدم. قال فى (الجواهر) : وكذا لو عرفه بغير الصوت على وجه اليقين. نعم، فى الاجتزاء هنا له بتعريف العدلين إشكال، أقواه العدم، لما عرفته فى نظيره (٢).

قال المحقق: « أما شهادته على المقبوض فماضيه قطعاً» (٣).

أقول: قال فى (المسالك) : هذه الصوره ممّا استـثناه القائلون بالمنع من قبول شـهادته، وسمّوها الضبطه، وهى أن يضع رجل فمه على أذن الأـعمى ويـد الأعمى على رأسه، بحيث يتيقن أنه يسـمع منه، فيقرّ بطلاق أو عتق أو حق لرجل معروف الاسم والنسب، ويقبضه الأعمى، ولا يزال يضـبطه حتى يشـهد بما سـمع منه عند الحاكم، فتقبل شـهادته على القولين، لحصول العلم بالمشهود له وعليه.

وربمـا قيـل: بـاطّراد المنع هنـا، لأن التصوير المـذكور فيه عسر وتـدقيق، واللّائق حسم الباب، كما أنا لا نقبل شـهاده الفاسق على الإطلاق، وإن كان قد يغلب على ظننا صدقه فى بعض الموارد.

ويضـعّف: بانتفاء المانع فى هـذه الصوره قطعاً، مع وجود المقتضـى للقبول، ودقه الفرض لا تـدفع الحكم، وتشبيهه بالفاسق الذى يغلب على الظن صدقه

١- ١) جواهر الكلام ۴۱: ۱۵۳.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴۱: ۱۵۳.

٣- ٣) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۵.

فاسـد، لوجود الفارق وهو أن الفاسق، منهى عن الركون إلى قوله مطلقاً لا باعتبار ظن صـدقه وعـدمه، بل من حيث كونه فاسـقاً، بخلاف الأعمى، فإن المانع من قبول شهادته عدم علمه بالمشهود عليه وله، لا من حيث هو أعمى، فإذا فرض العلم قبل (1).

قال المحقق: « وتقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عباره حاضر عنده» (2).

أقول: قـال فى (الجواهر) : بلاـ إشـكال ولاـ خلاف، لانتفاء المانع عن القبول حينئـذ، إذ الحاكم يعرف المشـهود عليه وله، وإنما يشتبه عليه معنى اللّفظ، ولا تتوقف شهاده الأعمى على ترجمه العباره على البصر (3).

ص:1148

1- 1) مسالك الأفهام 14: 243 244.

2- 2) شرائع الإسلام 4: 135.

3- 3) جواهر الكلام 41: 153 - 154. بتفاوت يسير.

الطرف الثالث: أقسام الحقوق

حقّ اللّه

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: «وهي قسمان: حق اللّه تعالی شأنه وحق الآدمی، والأوّل: منه ما لا یثبت إلا بأربعه رجال کالزنا واللواط والسحق» (۱).

أقول: الکلام فی حق اللّه تعالی من حیث طریق ثبوته شرعاً، وینقسم إلی قسمین:

۱ ما لا یثبت إلا بأربعه رجال

اشاره

فمن حق اللّه تعالی ما لا یثبت إلا بأربعه رجال، کالزنا واللّواط والسحق، قال فی (الجواهر) : بلا خلاف فی ثبوت الثلاثه بذلک (۲).

وفی (المسالک) : قیل: والحکمه فی اختصاصه بذلک أن الشهاده فیه علی اثنین، فاعتبر لکلّ واحد رجلان. (قال) : وهذا التعلیل مروی أیضاً عن أبی حنیفه روایهً عن أبی عبد اللّه علیه السلام (۳).

أقول: وفیه إن شهاده الاثنین مقبوله علی الجماعه إذا شهدوا علی کل واحد منهم، ولأنه قد لا یعرف أحد الزانیین فلا یمکنه الشهاده علیه، وفی أخبار کثیره أن ذلک تعبّد محض، وأن فیه دلیلاً علی بطلان القیاس، وإلا لکان القتل أولی باعتبار

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۶.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵۴.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۴۶، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۸/۱. کتاب الشهادات، الباب ۴۹.

الأربعه لأنه أفحش. نعم، يمكن أن يقال بأن الحكمه طلب الستر مهما أمكن والمحافظه على عدم الهتك، ولذا لو شهد ثلاثه وامتنع الرابع عنها حدّ الثلاثه.

وكيف كان، فالدليل على اعتبار الأربعه رجال فى الزنا: قوله تعالى: «وَ اَلَّذِينَ يَرْمُونَ اَلْمُحْصَنٰاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدٰاءَ» (۱). وقال سبحانه: «لَوْ لاٰ جٰاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَهِ شُهَدٰاءَ» (۲)وقال: «فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَهً مِنْكُمْ» (۳).

وقال سعد: « يا رسول اللّه: أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلاً اُمهله حتى آتى بأربعه شهداء؟ قال: نعم» (۴).

هذا كلّه فى الزنا، وأما اللّواط والسحق، فليس فى النصوص ما يدلّ عليه اعتبار الأربعه فيهما، نعم، فى اللواط: « حدّه حدّ الزنا» (۵)وكذا فى السحق، بل فى بعضها الرجم، إلا أن الحكم مجمع عليه بين الأصحاب، قال فى (المسالك) : « فمن حقوق اللّه تعالى الزنا، وفى معناه: اللواط والسحق عندنا» (۶).

ما يثبت به إتيان البهائم

قال المحقق: « وفى إتيان البهائم قولان، أصحّهما: ثبوته بشاهدين» (۷).

ص:۱۱۵۲

۱- ۱) سوره النور ۲۴: ۴.

۲- ۲) سوره النور ۲۴: ۱۳.

۳- ۳) سوره النساء ۴: ۱۵.

۴- ۴) مسند أحمد ۲: ۴۶۵.

۵- ۵) وسائل الشيعه: ۲۸/۱۵۳. أبواب حدّ اللواط، الباب ۱.

۶- ۶) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۴۶.

۷- ۷) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۶.

أقول: قد نسب (الجواهر) مختار المحقق إلى الأشهر بل المشهور (۱)، وفي (المسالک) إلى الأكثر (۲).

واستدلّ للثاني: بالأصل، وكونه وطياً محرّماً في معنى الزنا، ومشتملاً على الهتک.

وللأوّل: بإطلاق ما دلّ على الثبوت بهما، لأن الشارع جعل ثبوت الأحكام في غير الزنا بشاهدين، قال تعالى «وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجٰالِكُمْ» (۳). وإتيان البهائم ليس بزنا ولا يوجب الحدّ، وبما ذكر ينقطع الأصل.

نعم، في الشبهه المصداقيه - كما لو وطئ وشک في أن الموطوء حيوان أو إنسان - لم يجز التمسک بتلک العمومات، ولو شک فيه من حيث المفهوم، باحتمال كون وطئ البهيمه زنا، فإنه ليس في الآيات المذكوره التي اعتبر فيها الأربعه ذكر للزنا بل الفاحشه، وإتيان البهيمه فاحشه، لكن القدر المتيقن من مفهومها هو « الزنا» فيكون الآيات حجه فيه، ويخصص بها عمومات البينه، ويبقى غيره ومنه اتيان البهيمه تحت عمومات البيّنه، فيثبت بشاهدين.

وأما أن إتيان البهائم يشارک الزنا في الهتک فيلحقه حكمه، فقياس باطل.

في ثبوت الزنا بغير الأربعه رجال أيضاً

ص:۱۱۵۳

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۵۵.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۴۷.

۳- ۳) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

قال المحقق: « ويثبت الزنا خاصه بثلاثه رجال وأمرأتين، وبرجلين وأربع نساء، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم ويثبت به الجلد» (۱).

أقول: فی هذا الفرع ثلاثه أحکام:

أحدها: ثبوت الزنا دون اللّواط والسحق بثلاثه رجال وامرأتین.

والثانی: ثبوته برجلین وأربع نساء.

والثالث: إنه یثبت بشهاده الرجلین والأربع نسوه حکم الزنا جلداً لا رجماً.

والمدرک فی هذه الأحکام هو النصوص المستفیضه التی لا یعارضها الآیات الکریمه المعتبره لشهاده أربعه رجال، لأن ثبوت الزنا بذلک لا ینفی ثبوته بغیره، وهذا بعضها:

۱ - عبد اللّه بن سنان قال: « سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: لا تجوز شهاده النساء فی رؤیه الهلال، ولا یجوز فی الرجم شهاده رجلین وأربع نسوه ویجوز فی ذلک ثلاثه رجال وامرأتان. . .» (۲).

۲ - الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « سألته عن شهاده النساء فی الرجم، فقال: إذا کان ثلاثه رجال وامرأتان، وإذا کان رجلان وأربع نسوه لم تجز فی الرجم» (۳).

۳ - محمد بن الفضیل عن أبی الحسن الرضا علیه السلام فی حدیث: « وتجوز شهادتهن فی حدّ الزنا إذا کان ثلاثه رجال وامرأتان، ولا تجوز شهاده رجلین وأربع نسوه فی الزنا والرجم. . .» (۴)

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۳/۱۰. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۲/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۲/۷. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۴ - زراره عن أبی جعفر قال فی حدیث « وقال علی علیه السلام: تجوز شهاده النساء فی الرجم إذا کان ثلاثه رجال وامرأتان، وإذا کان أربع نسوه ورجلان فلا یجوز الرجم» (۱).

۵ - أبو الصباح الکنانی عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث عن علی علیه السلام: « إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان جاز فی الرجم، وإذا کان رجلان وأربع نسوه لم تجز» (۲).

۶ - زید الشحام قال: « سألته عن شهاده النساء، قال فقال: لا تجوز شهاده النساء فی الرجم إلا مع ثلاثه رجال وامرأتین، فإن کان رجلان وأربع نسوه فلا تجوز فی الرجم. . .» (۳).

۷ - الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « إنه سئل عن رجل محصن فجر بامرأه، فشهد علیه ثلاثه رجال وامرأتان، وجب علیه الرجم، وإن شهد علیه رجلان وأربع نسوه، فلا تجوز شهادتهم ولا یرجم ولکن یضرب حدّ الزانی» (۴).

وبالجمع بین هذا الخبر الذی لم یتعرّض له الشهید الثانی، لا فی المقام ولا فی باب حدّ الزنا وبین خبره المتقدم، یتم الدلیل علی ما ذکره المحقق.

وأما ما دلّ علی عدم قبول شهاده المرأه فی الحدّ، فمحمول علی ردّ شهادتها فیه منفرده عن الرجل، ولو سلّمنا إطلاقه فمخصص بما عرفت.

وما دلّ علی عدم القبول منها فی خصوص الرجم، فقد حمله الشیخ علی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۴/۱۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۷/۲۵. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۹/۳۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳۲/۱. أبواب حدّ الزنا، الباب ۳۰.

التقیّه أو عدم اجتماع شرائط القبول فیه.

فثبت الأحکام الثلاثه بالنصوص المذکوره.

وعن جماعه: الخلاف فی الحکم الثالث، فنفوا الحدّ أصلاً، قال فی (المسالک) بعد ذکر بعض الأخبار: « وهی مع کثرتها، لیس فیها تصریح بثبوت الجلد برجلین وأربع نسوه، لکن الشیخ وجماعه استندوا فی ثبوته إلی روایه أبان عن عبد الرحمن عن الصادق علیه السلام قال: تجوز شهاده النساء فی الحدود مع الرجال (۱)، وحیث انتفی الرجم بالأخبار الکثیره تثبت الجلد. (قال) : وفیه نظر، لضعف الطریق عن إثبات مثل ذلک، مع ورود روایات کثیره بأنه لا تقبل شهادتهن فی حدّ، ومن ثم ذهب جماعه منهم الصدوقان وأبو الصلاح والعلامه فی المختلف إلی عدم ثبوت الحدّ بذلک، عملاً بالأصل، وبأنه لو ثبت الزنا بشهادتهم لثبت الرجم، والتالی باطل للأخبار الکثیره الدالّه علی عدم سماع رجلین وأربعه نسوه فی الرجم، فالمقدّم مثله. وبیان الملازمه: دلاله الإجماع علی وجوب الرجم علی المحصن الزانی، فإن ثبت هذا الوصف ثبت الحکم وإلا فلا. وهذا الحکم متّجه» (۲).

أقول: وهو کما فی (الجواهر) کالإجتهاد فی مقابله النص (۳).

ونبّه المحقق قدّس سرّه بقوله « خاصه» علی خلاف جماعه منهم الصّدوق وابن الجنید (۴)فی الحکم الأوّل، حیث قال بتعدّی الحکم إلی اللواط والسحق. قال

ص:۱۱۵۶

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۶/۲۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۴. وفیه: عن القاسم عن عبد الرحمان. وفی طبعه المکتبه الاسلامیه: عن القاسم عن أبان عن عبد الرحمان. وسائل الشیعه ۱۸: ۲۶۲/۲۱.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۴۸ ۲۴۹.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵۶.

۴- ۴) المقنع: ۴۰۲. مختلف الشیعه ۸: ۴۷۰.

الشهید الثانی: وهو ضعیف، لعدم المقتضی لإلحاقهما بالزنا، مع الأخبار بعد قبل شهادتهن فی الحدّ (۱).

فهما باقیان علی مقتضـی ما دلّ علی اعتبار الأربعه رجال، ویؤیّده عموم عدم جواز شـهاده النساء فی الحدود الدالّ علیه عده من النصوص، وعلیه نص الشـهید فی (الدروس) بقوله: « ما لا یثبت إلا بشهاده أربعه رجال وهو اللواط والسحق» (۲)وفی (المستند) عن الإسکافی إلحاقهما بالزنا، قال: « وهو ضعیف (۳)، وأما روایه البصری والرضوی لشذوذهما خارجان عن الحجیه» (۴).

فالدلیل علی عدم الإلحاق بعد عدم الدلیل المعتبر هو بقاؤهما علی مقتضـی ما دلّ علی اعتبار الأربعه رجال، نعم عن بعض العامه تفسیر « الفاحشه» فی قوله تعالی: «وَ اَللاّتِی یَأْتِینَ اَلْفاحِشَهَ مِنْ نِسائِکُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَیْهِنَّ أَرْبَعَهً مِنْکُمْ» (۵)بالسحق. وأن المراد من « اللـذان» فی قوله تعـالی: «وَ اَلَّذانِ یَأْتِیانِها مِنْکُمْ فَآذُوهُما فَإِنْ تابا وَ أَصْلَحا فَأَعْرِضُوا عَنْهُما إِنَّ اَللّهَ کانَ تَوّاباً رَحِیماً» (۶)هو الرجلان اللواطان (۷)، وحیث لا تصریح فی هذه الآیه بطریق إثبات الفاحشه،

ص:۱۱۵۷

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۴۹.

۲- ۲) الدروس الشرعیه ۲: ۱۳۶.

۳- ۳) مستند الشیعه ۱۸: ۲۸۲.

۴- ۴) مستند الشیعه ۱۸: ۲۷۸ ۲۷۹.

۵- ۵) سوره النساء ۴: ۱۵.

۶- ۶) سوره النساء ۴: ۱۶.

۷- ۷) التبیان فی تفسیر القرآن ۳: ۱۴۳ ۱۴۴. فقه القرآن للراوندی ۲: ۳۶۸ ۳۶۹.

یکون طریق إثباتها هو ما ذکر فی سابقتها، فیکون طریق إثبات اللواط هو الأربعه رجال.

هذا وجه الإستدلال بالآیتین. وفیه:

أوّلاً: إن التفسیر المذکور لیس عن أهل البیت علیهم السلام، وقد نصّ علی ذلک الفیض الکاشانی بعد حکایته (۱).

وثانیاً: الفاحشه هی الفعل القبیح، فإن اُرید العموم شمل جمیع القبائح، وإن اُرید لحاظ مناسبه الحکم والموضوع اختص الزنا.

وثالثاً: إن الإستدلال بالآیه الثانیه مبنی علی أن یکون المراد من اللذان هو الرجلان، لکن هذا اللفظ یطلق علی الرجل والمرأه أیضاً.

وعلی الجمله، ففی ما ذکرنا من الاستدلال کفایه، ولا حاجه إلی التکلّف المذکور، وهو حکم قد تسالم علیه الأصحاب، فلا مجال لدعوی السید فی (الغنیه) الإجماع علی قبول الثلاثه والمرأتین فیهما أیضاً (۲)، وإن کان یشهد له إطلاق خبر عبد الرحمن البصری: « تجوز شهاده النساء فی الحدود مع الرجال» (۳)لکنه - کما فی (المستند) - شاذ (۴).

وأما جعل الزنا أعم من اللواط والسحق، فیدخلان فی المستثنی من دلیل عدم جواز شهاده النساء فی الحدود، فضعیف، ولا أقل من الشک فی شمول المفهوم، فیؤخذ بالقدر المتیقن.

فثبوت السحق واللواط بالأربعه رجال فقط.

۱- ۱) تفسیر الصافی ۱: ۳۹۸.

۲- ۲) غنیه النزوع ۲: ۴۳۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۶/۲۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۴- ۴) مستند الشیعه ۱۸: ۲۷۹.

قال المحقق: « ولا يثبت بغير ذلك» (۱).

أقول: أی: لا يثبت الزنا بغير الأربعه رجال، والثلاثه والمرأتين، والرجلين مع أربعه نساء، وقد نبّه بهذا على خلاف الشيخ فی (الخلاف) حيث ذهب إلى ثبوت الحدّ دون الرجم بشهاده رجل واحد وست نساء، ذكره فی (المسالک) وقال: ولعلّه استند إلى عموم روايه عبد الرحمن السابقه، وهو شاذ (۲).

قلت: ولعلّ المستند قوله تعالى: «فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ اِمْرَأَتَانِ» (۳)بتقريب: إن الامرأتين تقومان مقام الرجل، فتكون السته قائمه مقام الثلاثه رجال، فيتم مع الرجل شهاده الأربعه رجال. لا يقال: فعلى هذا تقبل شهاده الثمانيه نسوه. لأن النصوص دلّت على عدم قبول شهادتهن منفردات إلا فی القتل.

فالحاصل: قيام المرأتين مقام الرجل فی كلّ مورد، إلا حيث جاء النص على عدم القبول.

لكن يضعّفه: إن الآيه مخصّصه بما دلّ على عدم قبول شهاده النساء فی الحدود، بناءاً على إطلاقه بالنسبه إليهن منضمات إلى الرجال، خرج منه الأربع نسوه والرجلان، والثلاثه رجال والمرأتان، وبقی غيرهما تحت العام. . . كما أن هذا الدليل يقيد إطلاق خبر عبد الرحمن البصری، بغض النظر عن شذوذه.

ص:۱۱۵۹

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۶.

۲- ۲) كتاب الخلاف: ۶/۲۵۱، المسأله ۲، مسالک الأفهام ۱۴: ۲۴۹.

۳- ۳) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲ ما يثبت بشاهدين

قال المحقق قدّس سرّه: « وهو ما عدا ذلک من الجنايات الموجبه للحدود، کالسرقه وشرب الخمر والرده» (۱).

أقول: هذه الثلاثه التى ذکرها المحقق موجبه للحد وهو حق اللّه تعالى، وإن کان فى السرقه حق الآدمى أيضاً، وکذا الکلام فى حقوق اللّه الماليه، کالزکاه والخمس. . . فهذه کلّها تثبت بشاهدين عدلين. والدليل على ذلک: إطلاقات أدله حجيه البينه، فإنها تقتضى قبول شهاده العدلين فى کلّ مورد، وإن لم يکن هناک دليل على عدم قبول شهاده غيرهما.

واستدل فى (الجواهر) مع ذلک بخبر مسمع بن عبد الملک عن أبى عبداللّه عليه السلام: « إن أمير المؤمنين عليه السلام کان يحکم فى زنديق إذا شهد عليه رجلان عدلان مرضيان وشهد له ألف بالبراءه، يجيز شهاده الرجلين ويبطل شهاده الألف، لأنه دين مکتوم» (۲)فإنه يدلّ على ثبوت الحدّ بشهاده العدلين فى هذا المورد. لکن فى دلالته على ثبوته بذلک فى غيره بإلغاء الخصوصيه إشکال.

واستدلّ أيضاً: بخبر عمرو بن خالد، عن زيد بن على، عن أبيه، عن آبائه عليه السلام: « سئل رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم عن الساحر فقال: إذا جاء رجلان عدلان فيشهدان عليه فقد حل دمه (۳)» (۴). لکنه يتوقف على إلغاء

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۶.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۱۰/۱. کتاب الشهادات، الباب ۵۱.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۱۱/۲. کتاب الشهادات، الباب ۵۱.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵۱.

الخصوصیه کذلک، وهو مشکل. وفی (المسالک) : « الأصل فی الشهاده شهاده الرجلین» (1).

وفیه: إن کون الأصل فی الشهاده شهاده الرجلین یتوقف علی الاستقراء أو إلغاء الخصوصیه فی الخبرین.

فالأولی: الاستدلال بإطلاق أدله البینه، کقوله صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: « إنما أقضی بینکم بالبینات والأیمان» (2)فإنه مطلق، وقول الصادق علیه السلام لابنه إسماعیل: « إذا شهد عندک المؤمنون فصدّقهم» (3)وخبر مسعده بن صدقه: « والأشیاء کلّها علی هذا حتی یستبین لک غیر ذلک أو تقوم به البینه» (4)ونحوها غیرها (5)، فإنها تدلّ علی قبول شهاده العدلین فی کلّ مورد، وأن الأصل ذلک إلا فیما استثنی، وعلی الجمله: إنه یکفی ذلک للدلاله علی قبول الشهاده العدلین وعدم قبول شهاده غیرهما، وفی کلّ مورد قبل فبدلیل، کالنصوص الدالّه علی قبول شهاده النساء فیما لا سبیل للرجال إلیه.

وأما الاستدلال لذلک بقوله تعالی: «وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ

1- 1) مسالک الأفهام 14: 249.

2- 2) وسائل الشیعه 27: 232/1. أبواب کیفیه الحکم، الباب 2.

3- 3) وسائل الشیعه 19: 82/1. کتاب الودیعه، الباب 6.

4- 4) وسائل الشیعه 17: 89/4. أبواب ما یکتسب به، الباب 4.

5- 5) قد بحث المحقق النراقی هذا الموضوع فی کتاب عوائد الأیام ص273 وذکر الأدله علیه. فراجعه.

رِجالِكُمْ» (۱). فیتوقف علی أن یکون المستفاد منها کون شهاده العدلین حکماً کلیّاً طبق فی ذاک المورد، وأما إذا کان حکماً خاصاً به فلا إطلاق. ولما کانت الأخبار تعین المصداق للبینه فی الرجلین العدلین فی موارد کثیره، أمکن دعوی تبادر هذا المعنی من لفظ «البینه» فی عرف المتشرعه.

قال المحقق قدّس سرّه: «ولا یثبت شیء من حقوق اللّه تعالی بشاهد وامرأتین، ولا بشاهد ویمین، ولا بشهاده النساء منفردات ولو کثرن» (۲).

أقول: قد ذکرنا أن مقتضی الأدلّه قبول شهاده العدلین فی کلّ مورد، وإن کلّ مورد اعتبر فیه غیر ذلک فبدلیل، وقد وردت نصوص فی قبول شهاده النساء فی موارد خاصه، وقد یقال بالنسبه إلی غیر تلک الموارد بإطلاق: «فَإِنْ لَمْ یَکُونا رَجُلَیْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ» (۳)فلا یختص قیام المرأتین مقام الرجل بمورد الآیه، لکن النصوص تنفی هذا الإطلاق، وتصرح بأنه حکم خاص بموردها وهو «الدین» ، هذا بالإضافه إلی ما دلّ علی عدم قبول شهاده النساء فی الحدود، فلا دلیل علی قبول شهادتهن، فیبقی اعتبار «البینه» . ومن تلک النصوص:

۱ - خبر جمیل بن دراج ومحمد بن حمران عن أبی عبد اللّه علیه السلام (۴).

۲ - خبر محمد بن الفضیل عن أبی الحسن الرضا علیه السلام (۵).

۳ - خبر زراره عن أبی جعفر علیه السلام (۶).

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۶.

۳- ۳) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۰/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۲/۷. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۴/۱۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

حقّ الآدمی

اشاره

قال المحقق: « وأما حقوق الآدمی فثلاثه، منها: ما لا یثبت إلا بشاهدین وهو الطلاق والخلع والوکاله والوصیه إلیه والنسب ورؤیه الأهله. . .» (۱).

۱ مالا یثبت إلا بشاهدین:

اشاره

أقول: القسم الأول: ما لا یثبت إلا بشاهدین، فلا یجزی فیه النساء منضمه إلی الرجال فضلًا عن الإنفراد، ولا الیمین مع الشاهد، قال فی (المسالک) : مورد الشاهدین من حقوق الآدمی: کلّما لیس بمال ولا المقصود منه المال (۲)، وفی (الدروس) نسبه هذا الضابط إلی الأصحاب (۳)، وفی (کشف اللثام) ما یطلع علیه الرجال غالباً وما لا یکون (۴). . . لکن فی (الجواهر) : لم أقف فی النصوص علی ما یفید هذا الضابط، بل فیها ما ینافیه (۵).

[أما الطلاق] فیدلّ علی عدم ثبوته إلا بشاهدین ذکرین عدّه من النصوص، ومنها:

۱ – الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « إنه سئل عن شهاده النساء فی النکاح، فقال: تجوز إذا کان معهن رجل، وکان علی علیه السلام یقول: لا أُجیزها

ص:۱۱۶۳

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۶.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۴۹.

۳- ۳) الدروس الشرعیه ۲: ۱۳۷.

۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۳۲۶.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۱۵۹.

فی الطلاق» (۱).

۲ - أبو بصیر: « سألته عن شـهاده النساء، فقال: تجوز شـهاده النساء وحدهنّ علی ما لا یسـتطیع الرجال النظر إلیه، وتجوز شـهاده النساء فی النکاح إذا کان معهنّ رجل، ولا تجوز فی الطلاق. . .» (۲).

۳ - محمد بن الفضیل عن أبی الحسن الرضا علیه السلام فی حدیث: « ولا تجوز شهادتهنّ فی الطلاق» (۳).

۴ - محمد بن مسلم قال: « قال لا تجوز شهاده النساء فی الهلال ولا فی الطلاق» (۴).

۵ - زراره: « سألت أبا جعفر علیه السلام عن شهاده النساء تجوز فی النکاح؟ قال: نعم، ولا تجوز فی الطلاق. . .» (۵).

۶ - أبو الصباح عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام: « قال علی علیه السـلام: شـهاده النساء تجوز فی النکاح ولا تجوز فی الطلاق. . .» (۶).

فهـذه الأخبـار صریحه فی عـدم ثبوت الطلاـق بشـهاده النساء مطلقاً. وعن (الغنیه) الإجماع علیه أیضاً (۷). ولکن اختلف کلاـم الشیخ فی ثبوت الطلاق

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۱/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۱/۴. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۲/۷. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۳/۸. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۴/۱۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۷/۲۵. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۷- ۷) غنیه النزوع ۲: ۴۳۸.

بشـهادتهن منضـمات، فعـن (الخلاـف) و (النهـايه) : النص على المنـع (١)، وعن (المبسـوط) أنه قـوّى القبـول (٢). قـال فى (المسالك) : وإليه ذهب جماعه، وهو ضـعيف (٣)، وفى (الجواهر) : إنه لم يجـد القول به إلاـ ما يحكى عن أبى على أنه قال: لا بأس بشهادتهن مع الرجال فى الحدود والأنساب والطلاق (۴).

نعم، فى (كشف اللثام) : « لكن أخبار الطلاق يحتمل شهادتهن حين الطلاق» (۵).

واعترضه فى (الجواهر) بقوله: « وهو مع بعـده فيها ما لا يقبله، كالمروى عن العلل والعيون بأسانيده إلى محمد بن سـنان. . . وفى خبر داود بن الحصين (۶). . . (قال) : ومن الأخير يستفاد عدم الاجتزاء فيه أيضاً بالشاهد واليمين» (٧).

قلت: قـد ذكرنا أن الأصل المسـتفاد من أدلّه اعتبار البينه عـدم القبول إلا بـدليل، ومع هذا الأصل، لا حاجه إلى الدليل على عدم القبول، بل يكفى عدم الدليل على القبول (٨).

١- ١) كتاب الخلاف ۶: ٢۵٢، المسأله ۴، النهايه: ٣٣٢.

٢- ٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨:١٧٢.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١۴: ٢۵١.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴١: ١۶٠.

۵- ۵) كشف اللثام ١٠: ٣٢٧.

۶- ۶) جواهر الكلام ۴١: ١۶٠.

٧- ٧) جواهر الكلام ۴١: ١۶١.

٨- ٨) أقول: ما ذكره السـيد الاسـتاذ هو الأولى فى الجواب، إذ يمكن مناقشه الجواهر بأن ما لا يقبل الاحتمال المـذكور ضـعيف سنداً، والتام سنداً يقبله.

[واما الخلع] فإن كانا متوافقين على البينونه، وإنما النزاع فى الحقوق الماليه المترتبه عليها كأن تـدّعى الزوجه كون الطلاق رجعيّاً وتطالب بالمهر، ويدّعى الزوج وقوعه خلعاً وبذل المرأه المهر فحينئذ تقبل شـهادتهن فى أنها بذلت المهر فى مقابل الطلاق، وإن كـان نزاعهمـا فى أصـل البينونه كأن تـدّعى المرأه الخلع وتعترف بالبـذل، فلا رجوع، والرجل يـدّعى الرجوع ويـدفع إليها المهر فليس المتنازع فيه حقاً ماليّاً، بل البينونه تدّعيها المرأه وينكرها الرجل، فلا تقبل شهادتهن حينئذ.

وقيل: إذا تنازعا فى المال وثبت الحق بشهاده العدلين، كان اللّازم كون الطلاق خلعاً.

وقيل: إذا ثبت الطلاق ثبت الحق المالى بالتبع.

وقيل: إن فى الخلع جهتين، فتقبل فى الجهه الماليه ولا تقبل فى غير الماليه، نظير السرقه حيث يثبت الحق المالى ولا يحد.

وأُجيب بـالفرق بين الأـمرين، إذ السـرقه تتحقق بلاـ شاهـد، بخلاـف الطلاـق، فـإنه لاـ يثبت بـدونه، والطلاق يلازم الحق المالى، بخلاف السرقه، ففيها حكمان قد يثبت أحدهما ولا يثبت الآخر.

[وأما الوكاله] فليست من الامور الماليه وإن تضـمنت مالاً أو انجرّت إليه فلا تثبت إلا بشاهـدين بناء على الضابط المـذكور، وإن كـان المرجع فى المقـام هو مفاد الأخبار من أن الملاك القبول فى كلّ ما هو « حق» لا « حكم» ، قبلت شـهادتهن فى الوكاله إن كانت من الحقوق، ولم يرد فى المنع عن القبول فيها نص خاص كما هو الظاهر.

وبنـاءاً على تقييـد الحق بالمـالى من ورود النص الخـاص بقبول شـهادتهن فى « الـدين» ، فـإن تعميم الحكم إلى كـلّ حق مـالى يتوقف على إلغاء خصوصيه الدين، كما هو واضح.

ص:۱۱۶۶

[وأما الوصيه] ففيها بالخصوص نصوص، فلابدّ من النظر إلى مفادها، ولا يكفى الأخذ بالضابط فى موردها.

[وأما النسب] فهو أمر واقعى يترتب عليه آثار ماليه وغيرها، وليس من الحقوق ولا الأموال، فلا يثبت إلا بشاهدين عدلين.

[وأما رؤيه الهلال] ففيها نصوص خاصه صريحه فى عدم قبول شهادتهن وإن استلزمت مالاً، كحلول أجل الدين مثلاً، ومن هذه النصوص:

١ - خبر محمد بن مسلم، وقد تقدم.

٢ - عبد اللّه بن سنان: «سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: لا تجوز شهاده النساء فى رؤيه الهلال. . .» (١).

٣ - حماد بن عثمان عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «لا تقبل شهاده النساء فى رؤيه الهلال، ولا يقبل فى الهلال إلا رجلان عدلان» (٢).

٤ - العلاء عن أحدهما: «لا تجوز شهاده النساء فى الهلال. . .» (٣).

نعم، عن داود بن الحصين عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث طويل قال: «لا تجوز شهاده النساء فى الفطر إلا شهاده رجلين عدلين، ولا بأس فى الصوم بشهاده النساء ولو أمرأه واحده» (۴). قال فى (الوسائل) : «قال الشيخ: الوجه فى هذا الخبر أن يصوم الإنسان بشهاده النساء استظهاراً واحتياطاً، دون أن

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٣/١٠. كتاب الشهادات، الباب ٢۴.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٥/١٧. كتاب الشهادات، الباب ٢۴.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥۶/١٨. كتاب الشهادات، الباب ٢۴.

۴- ۴) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۶١/٣۶. كتاب الشهادات، الباب ٢۴.

يكون ذلک واجباً» (۱).

قلت: ولعلّ وجه هذا الحمل وعدم تخصيص تلک النصوص بهذا الخبر بأن تقبل شهادتهن في الصّوم خاصه هو إباء تلک النصوص عن التخصيص، لا سيّما وأن بعضها معلّل بضعف رؤيه النساء.

هل يثبت العتق والقصاص والنكاح بالشاهد والمرأتين؟

قال المحقق: « وفي العتق والقصاص والنكاح تردد، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين» (۲).

أقول: [أما العتق] فإن كان مالاً ـ من جهه أنه يتعلق بالعبد وهو مال مملوک فتقبل، إذ يكون الشهاده على العتق كالشهاده على تلف مال، وإن لم يكن العتق مالاً ـ بل كان النظر إلى جهه الخروج عن الرقّيه فلا ـ ومن هنا تردد المحقق ثم اختار الثبوت، وفاقاً للمبسوط (۳)وخلافاً للخلاف (۴)، وخالفه في (المسالک) (۵).

[وأما القصاص] فقد نصّ المحقق في كتاب القصاص على عدم الثبوت (۶)، ولعل نظره هنا إلى الديه وهي مال، والأخبار في بعضها: « إلا في القتل» (۷)وفي آخر

۱- ۱) وسائل الشيعه: ۲۷/۳۶۱ ذيل ح۳۶.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۶.

۳- ۳) المبسوط في فقه الإماميه ۸: ۱۷۲.

۴- ۴) كتاب الخلاف ۶: ۲۵۲ / المسأله ۴.

۵- ۵) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۵۱.

۶- ۶) شرائع الإسلام ۴: ۲۱۸.

۷- ۷) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۵۸/۲۷ و۲۸. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

« إلا فی القود» (۱)فیحمل أحدهما علی القتل الخطأی والآخر علی العمدی.

[وأما النکاح] فإنه لیس من حیث کونه مالاً، لکن جهه الدعوی تختلف، فإن کان النظر فیها إلی المهر والنفقه والإرث، فذلک مال وتقبل، وإلا فلا.

هذا بالنظر إلی الضابطه المذکوره فی أول البحث. وأما الأخبار، فإنها بالنسبه إلی القصاص مختلفه، وقد اختلف بتبعها کلمات الأصحاب، وهذه نصوص بعضها:

۱ - جمیل بن دراج ومحمد بن حمران « عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: قلنا أتجوز شهاده النساء فی الحدود؟ فقال: فی القتل وحده. إن علیاً علیه السلام کان یقول: لا یبطل دم امرئ مسلم» (۲). وظاهره العدم فی حال وجود الرجال، إذ لا یبطل دم المسلم حینئذ.

۲ - أبو بصیر: « سألته عن شهاده النساء، فقال: تجوز شهاده النساء وحدهنّ علی ما لا یستطیع الرجل النظر إلیه. وتجوز شهاده النساء فی النکاح إذا کان معهنّ رجل، ولا تجوز فی الطلاق، ولا فی الدم. . .» (۳).

وظاهره عدم القبول لا فی القصاص ولا فی الدیه.

۳ - إبراهیم الحارثی: «. . . وتجوز شهادتهن فی النکاح، ولا تجوز فی الطلاق ولا فی الدم. . .» (۴).

ص:۱۱۶۹

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۸ و۳۵۹ / ۲۹ و ۳۰. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۰/۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۱/۴. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۲/۵. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۴ - زراره: « سألت أبا جعفر علیه السلام عن شهاده النساء تجوز فی النکاح؟ قال: نعم، ولا تجوز فی الطلاق - إلی أن قال -: قلت: تجوز شهاده النساء مع الرجال فی الدم؟ قال: لا» (۱).

۵ - أبو الصباح الکنانی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « قال قال علی علیه السلام: شهاده النساء تجوز فی النکاح. . . وقال: تجوز شهاده النساء فی الدم مع الرجال» (۲).

۶ - ربعی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « لا تجوز شهاده النساء فی القتل» (۳). قال فی (الوسائل) : حمله الشیخ علی عدم ثبوت القود، وإن ثبتت بشهادتهن الدیه (۴).

۷ - غیاث بن إبراهیم: « عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی علیه السلام: لا تجوز شهاده النساء فی الحدود ولا فی القود» (۵).

۸ - موسی بن إسماعیل بن جعفر: « عن أبیه عن آبائه عن علی علیه السلام: لا تجوز شهاده النساء فی الحدود ولا قود» (۶).

قال فی (المسالک) : الأخبار مختلفه، وأصحّها وأکثرها دالّ علی القبول، وعلیه الأکثر (۷).

أقول: إن کلّاً من أخبار الطرفین، فیها ما یمنع أو یدلّ علی القبول بالإطلاق،

ص:۱۱۷۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۴/۱۱. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۷/۲۵. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۸/۲۷. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۸/ ذیل ح۲۷.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۸/۲۹. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۹/۳۰. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۷- ۷) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۵۳.

وفيها ما يـدلّ على ذلك مقيـداً. والـدالّ على المنع مقيداً هو الخبران الأخيران فإنه مقيد بالقود. أی: تجوز فی الديه، والدالّ على الجواز مقيـداً خبرا زراره وأبی الصـباح الدالّان على القبول مقيداً بكونهن مع الرجال، ومقتضـى الجمع بين المقيدين: عدم القبول فی القود إلا إذا كان معهن رجل، فيكون دليل القول بثبوت غير موجب القصاص بشهادتهن مع الرجال.

وإن قلنا بالتعارض بينهما بالعموم من وجه، لأن ذاك يمنع فی القود سواء مع الرجل أو لا، وهـذا يجوّز إذا كان معهن رجل سواء فی القود وغيره، وإذا تعارضا فی مورد الإجتماع وهو القود مع وجود الرجل معهن وتساقطا، كان ثبوت القود بشـهادتهن حتى مع الرجال بلا دليل، وتقبل شـهادتهن مع الرجل فی الديه. ويكون هذا شاهد جمع بين المانع بالإطلاق والدال على القبول بالإطلاق، فيحمل المانع على غير الديه وهو القود، والمجوز على الديه دون القود، وهذا دليل هذا القول.

وحيث لا يقبل شـهادتهن فی القود، فهل معنى ذلك عـدم ثبوت القصاص ولا الـديه، أو أنه لا يقبل فی القود ويتنزل إلى الديه؟ وجهان.

وهذا البحث يجرى فی الشهاده على المحصنه، فإذا قيل لا تقبل فی الرجم، فليس معناه ثبوت الجلد عوض الرجم.

فی (الجواهر) : إن شهادتهن لا تقبل فی القود، لا أنها تقبل ولكن تؤخذ الديه بدلاً عن القتل.

وظاهر الجمع الذی ذكرناه تبعاً للنهايه هو القبول فی الديه، نعم، كلام الشيخ مجمل، إذ لم يصرح باختياره أحد الوجهين.

وكيف كـان، ففی (الجواهر) : « لاـ بأس بقبول شـهادتهن بالقتل المقتضـى للـديه، وإذا أمكن الجمع بين النصوص بـذلك كان أولى، وإلا كان الترجيح

للنصوص النافيه قبول شهادتهن فيه، وأما الجمع بينها بحمل النافيه على شهادتهن منفردات، والمثبته على صوره الإنضمام مع رجل، فلا يقبله ظاهر بعضها أو أكثرها» (۱).

قلت: والجمع الذی تعرض له مذكور فی (المسالك) ، والظاهر أنه الأولی.

قال فی (المسالك) : واعلم أن محلّ الإشكال شهادتهن منضمات إلی الرجال، أما علی الإنفراد، فلا تقبل شهادتهن قطعاً. وشذ قول أبی الصلاح بقبول شهاده امرأتين فی نصف ديه النفس والعضو والجراح، والمرأه الواحده فی الربع (۲)(۳).

قال فی (الجواهر) : وهو كذلك إذا كان المراد بالانفراد حتی عن اليمين، أما معه، فالظاهر قبول المرأتين فيما يوجب الديه كالرجل مع اليمين (۴).

يعنی: إنه يثبت حق الآدمی بشهاده المرأه مع الرجل أو يمين المدعی، والحق أعم من المالی وغيره إلا ما قام الدليل علی المنع فيه، فتحمل فتوی أبی الصلاح علی شهادتها مع يمين المدعی، لا شهادتها منفرده.

وأما فی النكاح، فالأخبار تدلّ علی الثبوت، كأخبار أبی بصير وأبی الصباح وزراره وغيرها، والدالّ علی المنع هو: خبر السكونی: « عن جعفر عن أبيه عن علی عليه السلام إنه كان يقول: شهاده النساء لا تجوز فی طلاق ولا نكاح ولا حدود، إلا فی الديون، ومالا يستطيع الرجال النظر إليه» (۵).

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۶۳ ۱۶۴.

۲- ۲) الكافی فی الفقه: ۴۳۹.

۳- ۳) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۵۴ ۲۵۵.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۱۶۵.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۶۲/۴۲. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

قال فی (الوسائل) : حمله الشیخ علی التقیه والکراهه، واستدل علی کونه للتقیه بروایه داود بن الحصین السابقه (۱).

قلت: بالإضافه إلی ما فی سنده من الکلام.

لکن لا یخفی: إن الحمل علی التقیه ونحوه هو بعد الفراغ عن تعذر الجمع بالإطلاق والتقیید، ومن الممکن الجمع کذلک بینه وبین ما دل علی الجواز، مثل خبر الحلبی: « تجوز إذا کان معهن رجل» (۲)المقید لما دل علی الجواز مطلقاً، کخبر أبی بصیر إن کان مطلقاً.

۲ ما یثبت بالشاهدین والشاهد والیمین وغیرهما

اشاره

قال المحقق قدّس سرّه: « ومنها: ما یثبت بشاهدین وشاهد وامرأتین وشاهد ویمین، وهو الدیون والأموال، کالقرض والقراض والغصب وعقود المعاوضات کالبیع والصرف والسلم والصلح والإجارات والمساقاه والرهن والوصیه له والجنایه التی توجب الدیه» (۳).

أقول: القسم الثانی من حقوق الآدمی هو الحقوق المالیه، أی: ما کان متعلّق الدعوی فیه مالاً، کالدیون والأموال، أو المقصود منه المال کعقد البیع والجنایه التی توجب الدیه، کالخطأ وشبه العمد والجروح غیر القابله للقصاص.

فهذا القسم من الحقوق یثبت بأحد الأقسام الآتیه من الشهاده:

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۳، ذیل ح۴۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۱/۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷.

۱ – شهاده الرجلين

فالأوّل أن يشهد شاهدان. ويدلّ على ثبوته بشاهدتهما الكتاب والسنه والإجماع. . . فلا كلام فى هذا القسم.

۲ – شهاده الرجل والامرأتين

والثانى أن يشهد رجل وامرأتان، واستدلّ لثبوته بذلك من الكتاب بقوله تعالى: «وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجٰالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونٰا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ اِمْرَأَتٰانِ» (۱)إلا أن فى الاستدلال بها هنا تأملاً، من جهه أن ظاهرها قبول هذه الشهاده فى حال عدم الرجلين، لأنه قال: « فإن لم يكونا. . .» . ويدلّ على ذلك: بعض الأخبار، كخبر داود بن الحصين الآتى نصه الوارد فى تفسير الآيه، لكن ظاهر عبارات الأصحاب كالمحقق عدم تعليق قبولها على عدم الرجلين.

ثم إن مورد هذه الآيه هو خصوص « الدين» ، ويدل على ذلك أيضاً خبر داود بن الحصين الوارد فى تفسيرها. ومن هنا، لم يذكر بعض الأصحاب إلا « الدين» كما سيأتى.

واستدلّ من السنّه بنصوص:

۱ – الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث: « قلت: تجوز شهاده النساء مع الرجل فى الدين؟ قال: نعم» (۲). دلّ على قبول شهاده المرأتين مع الرجل، لكنه فى الدين خاصه (۳).

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۵۱/۲. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) فهو يدلّ على الجهه الثانيه، لكن ظاهره عدم التوقف على عدم الرجلين كما عليه عبارات الأصحاب، لكن يؤيد ظاهر الآيه مرسله يونس: « استخراج الحقوق بأربعه وجوه. . .» ۲۷/۲۷۱. وعن تفسير الإمام العسكرى عليه السلام ۲۷/۲۷۲ بتفسير الآيه: « عدلت امرأتان فى الشهاده برجل واحد، فإذا كان رجلان أو رجل وامرأتان أقاموا الشهاده قضى بشهادتهم» .

۲ – داود بن الحصین عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث: « وکان أمیر المؤمنین علیه السلام یجیز شهاده المرأتین فی النکاح عند الإنکار ولا یجیز فی الطلاق إلا شاهدین عدلین. قلت: فأنی ذکر اللّه تعالی قوله: «فَرَجُلٌ وَ اِمْرَأَتٰانِ» (۱)؟ فقال: ذلک فی الدین إذا لم یکن رجلان فرجل وامرأتان ورجل واحد ویمین المدعی إذا لم یکن امرأتان. قضی بذلک رسول اللّه وأمیر المؤمنین بعده عندکم» (۲). دل علی ثبوت الحق بشهادتهما مع الرجل، لکن إذا کان دیناً، وإذا لم یکن رجلان. . .

۴ – یونس عمن رواه قال: « استخراج الحقوق بأربعه وجوه، بشهاده رجلین عدلین، فإن لم یکونا رجلین فرجل وامرأتان. . .» (۳). والحقوق عام یشمل الحقوق المالیه کلّها أیضاً، فلا اختصاص بالدین. لکنه مرسل، مع أنه ظاهر فی توقف القبول علی عدم الرجلین.

وهل تقبل شهاده المرأتین مع الرجل فی کلّ ما کان مالاً أو المقصود منه المال أو فی خصوص الدین؟

قد عرفت ما فی الاستدلال بالأخبار الثلاثه الأخیره، . . . أما الآیه والخبران الآخران، فتدلّ علی القبول فی الدین فحسب. . . ولهذا لم یذکر الشیخ فی (النهایه)

۱– ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲– ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۰/۳۵. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳– ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۲۷۱/۲. أبواب کیفیه الحکم، الباب ۱۵.

- التی هی متون الأخبار - إلا الدین (۱).

وقد أجاب فی (الجواهر) : بأن ما فی ذیل الآیه الکریمه من الإشـهاد علی البیع وهو قوله تعالی: «وَ أَشْـهِدُوا إِذٰا تَبٰایَعْتُمْ» (۲)ظاهر فی إراده الإشهاد السابق، الذی کان منه الرجل والمرأتان متمماً بعدم القول بالفصل (۳).

قلت: إن ظاهر الآیه کاف للاستدلال، ولا حاجه إلی تتمیمه بعدم القول بالفصل، إذ من البعید جدّاً أن یراد بالشهاده فی ذیل الآیه غیر الشهاده المذکوره فی صدرها، إذ لو أراد غیرها لذکر. . . ولعلّه یرید عدم القول بالفصل بین الدین والبیع، أو بین البیع وسائر عقود المعاوضات. لکن هـذا یتوقف علی تحقق عـدم الفصل، وحینئذ، فإن الآیه صدراً وذیلاً تدل علی عدم انحصار قبول الرجل والمرأتین بالـدین. . . فلاـ منـاص بعـد ذلـک من حمـل « الـدین» فی الخـبرین علی أن المقصـود منه المـال، وهو المحکی عن (المختلف) (۴)بالنسبه إلی عباره (النهایه) (۵).

ونوقش فی الاستدلال للقبول بخبر الصیرفی: « کتبت إلی الکاظم علیه السلام فی رجل مات وله اُم ولد، وقد جعل لها سیدها شیئاً فی حیاته ثم مات،

۱- ۱) النهایه فی مجرّد الفتوی: ۳۳۳.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۱۶۶.

۴- ۴) مختلف الشیعه ۸: ۵۲۳، وعنه کشف اللثام ۱۰: ۳۳۱، جواهر الکلام ۴۱: ۱۶۷.

۵- ۵) قـال فی المسـتند: المراد من الـدین هو المـال المتعلق بالـذمه لغه وعرفاً بأی سـبب کان، وهو الـدین بالمعنی العام الشامل للدین بالمعنی الأخص الذی هو القرض، وعلی هذا فیشمل الدّین: القرض والنسیئه والسلف وثمن المبیع والضمان وغرامه التالف ودیه الجنایات، وغیر ذلک مما یتعلق فیه المال بالـذمه ویکون هو المقصود بالـدعوی. وقـد ألحقوا بالدین جمیع الدعاوی المالیه أو ما یکون المقصود منه المال، ولأجله حکموا بالقبول فی دعوی: الرهن والإجاره والقراض والشـفعه والمزارعه والمساقاه والهبه والإبراء. . . ولا أری لذلک الإلحاق دلیلاً. . . وقد أشار إلی ذلک المحقق الأردبیلی (مستند الشیعه ۱۸: ۲۹۷ ۲۹۸) .

فکتب: لها ما آتاها سیدها فی حیاته معروف لها ذلک، تقبل علی ذلک شهاده الرجل والمرأه والخدم غیر المتهمین» (۱)بأنه وارد فی الوصیه، وظاهر فی إراده ثبوتها، بشهاده جنس الرجل وجنس الامرأه، لأنها وصیه (۲).

وعن (الخلاف) وموضع من (المبسوط) منع قبول امرأتین ورجل فی الودیعه (۳)، وحمله العلامه علی ما قیل علی دعوی الودعی لا المالک (۴).

أقول: هذا النزاع صغروی، فکأن الشیخ لا یوافق علی کون النزاع فی الودیعه نزاعاً فی مال، لا سیما غیر المشروط فیها الضمان. فأجاب فی (الجواهر) : بأن الودعی ینفی عنه الضمان وهو مال (۵).

۳ – شهاده الرجل مع الیمین

والثالث: أن یشهد رجل مع یمین المدعی، وهذا مراد المحقق من قوله « وبشاهد ویمین» (۶). ویدلّ علی قبول هذه الشهاده عشرون نصّاً، ورد فی تسعه منها عنوان « الحق» (۷)وهو ظاهر جدّاً فی مطلق حقوق الناس، بل مفاد خبر درع طلحه ثبوت العین أیضاً بهذه الشهاده.

وقد استدلّ صاحب (الجواهر) بفحوی هذه النصوص لثبوت مطلق الحق

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۴/۴۷. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲- ۲) أقول: ذکر السید الاستاذ أن الخبر ظاهر فی الهبه لا الوصیه، وأنه إذا کان ظاهراً فی الجنس فهو مجمل، والأخبار الاخری مبینه له. .

۳- ۳) کتاب الخلاف: ۶/۲۵۲، المسأله ۴، المبسوط فی فقه الإمامیه ۷: ۲۴۸.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۱۶۶، مختلف الشیعه ۸: ۴۷۶.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۱۶۷.

۶- ۶) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷.

۷- ۷) أنظر الباب ۱۴ من أبواب کیفیه الحکم. وسائل الشیعه: ۲۷/۲۶۴.

بشهاده الرجل والأمرأتين، قال: « وبظهور خبر محمد بن خالد المزبور فی أن الشاهد والیمین قائم مقام الشاهد والمرأتین، وحینئذ، فهما أولی من الیمین مع الرجل» (۱)(۲).

وربما یشکل علیه بأنه قیاس.

وفیه: إن هذا الاستدلال مبنی علی الاستظهار من النصوص، ولیس قیاساً. . . فإن ظاهر المرسله فی استخراج الحقوق حیث ذکر أوّلاً ـ الرجلین العدلین، فإن لم یکونا فرجل وامرأتان، فإن لم تکن امرأتان فرجل ویمین المدّعی، هو قیام الرجل والیمین مقام الرجل والامرأتین، فإذا ثبت الحق بشهاده الرجل والیمین ثبت بشهادته مع الامرأتین بالأولویه.

شهاده الامرأتین مع الیمین

وتعرّض صاحب (الجواهر) هنا لهذه المسأله لأجل أن یستدلّ بفحوی نصوصها لقبول شهاده الرجل والامرأتین فی مطلق الحقوق، فقال: « وبما ورد من إثبات الحق بالامرأتین مع الیمین، بل الظاهر ثبوت ذلک کله بهما مع الیمین، وفاقاً للمشهور شهره عظیمه، بل عن الشیخ فی الخلاف الإجماع علیه» (۳).

ص:۱۱۷۸

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۶۷.

۲- ۲) المراد من خبر محمد بن خالد هو الخبر الذی تقدم بعنوان الصیرفی، وإنما قلنا الصیرفی للاختلاف فی اسم الراوی فی الکتب. لکن لیس فیه تعرض للشاهد والیمین، ولعله یرید خبر محمد بن مسلم الذی ذکره من قبل، وهذا نصه: « لو کان الأمر إلینا أخذنا بشهاده الرجل الواحد إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق الناس» .

۳- ۳) کتاب الخلاف: ۶/۲۵۴، المسأله ۷، جواهر الکلام ۴۱: ۱۶۷ ۱۶۸.

أقول: مستند هذا الحکم:

١ – ما رواه منصور بن حازم: « أن أبا الحسن موسی بن جعفر علیه السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان ویمینه فهو جائز» (١).

٢ – ما رواه الحلبی: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام: إن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم أجاز شهاده النساء مع یمین الطالب فی الدین یحلف باللّه أن حقه لحق» (٢).

دلّ بعضها علی القبول فی خصوص « الدین» وبعضها علی القبول فی « الحق» ، ومقتضی القاعده هو القبول فی مطلق الحقوق المالیه.

ووجه الاستدلال بهذه النصوص لثبوت الحق بشهاده الرجل والامرأتین: هو أن الشارع أقام کلّاً من « المرأتین» و « الیمین» مقام « الرجل» فقبل شهاده « الرجل مع الامرأتین» و « شهاده الرجل مع الیمین» وحینئذ، یقوم المجموع من « المرأتین والیمین» مقام « الرجلین» .

لکن ثبوت الحق بشهاده الامرأتین مع الیمین محلّ خلاف، فقد قال المحقق فی (النافع) : « ولو انفردن کامرأتین مع الیمین، فالأشبه عدم القبول» وهذا صریح المحکی عن (السرائر) (٣)و (التنقیح) (۴)وقضاء (التحریر) (۵)وإن رجع عنه فی

١- ١) وسائل الشیعه ٢٧: ٢٧١/١. أبواب کیفیه الحکم، الباب ١۵.

٢- ٢) وسائل الشیعه ٢٧: ٢٧١/٣. أبواب کیفیه الحکم، الباب ١۵.

٣- ٣) السرائر ٢: ١١۶.

۴- ۴) التنقیح الرائع ۴: ٣٠٨.

۵- ۵) تحریر الأحکام ۵: ١٧٩.

الشهادات (۱)وظاهر سلار (۲)و (الغنيه) (۳). . . كما فى (الجواهر) . . . قال: والحلى منهم معذور على أصله. . . أى عدم اعتبار خبر الواحد. . . ولذا قال: « جعلهما بمنزله رجل يحتاج إلى دليل وليس، وحملهما على الرجل قياس، والإجماع غير منعقد، والأخبار غير متواتره، فإن وجدت فهى نوادر شواذ، والأصل براءه الذمه، فمن أثبت بشهادتهما حكماً شرعياً فإنه يحتاج إلى أدله قاهره، إما اجماع أو تواتر أخبار أو قرآن. وجميع ذلك خال منه» (۴).

لكن استغرب صاحب (الجواهر) من ابن ادريس وتبعه المقداد من دعوى ندره النصوص وشذوذها، وحاول رحمه اللّه إثبات ندره الرادّين لها، قال: لم نر لها رادّاً قبل ابن ادريس ولا من تأخر عنه إلا النادر، لاختلاف فتوى المصنف، والفاضل فى التحرير قد رجع عن ذلك فيه فضلاً عن قطعه بالحكم فى باقى كتبه. (قال) : ومن هنا يمكن دعوى تحصيل الإجماع على ذلك. . . وتنقح من جميع ما ذكرنا اتحاد موضوع الثلاثه، أى الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين، والمرأتين مع اليمين، وهو كلّ حق آدمى أو المالى منها خاصه، على البحث الذى قدمناه فى الشاهد واليمين (۵).

أقول: نعم، الظاهر ثبوت الحق المذكور بكلّ واحد من الثلاثه المذكوره

ص:۱۱۸۰

۱- ۱) تحرير الأحكام ۵: ۲۶۸.

۲- ۲) المراسم: ۲۳۴.

۳- ۳) غنيه النزوع: ۴۳۸ ۴۳۹.

۴- ۴) كشف اللثام ۱۰: ۳۳۵. بتفاوت يسير، السرائر ۲: ۱۱۶، جواهر الكلام ۴۱: ۱۶۸.

۵- ۵) جواهر الكلام ۴۱: ۱۶۹.

كشـهاده الرجلين. . . لكن الاستدلال بنصوص الامرأتين مع اليمين لقبول الرجل مع الامرأتين بالأولويه، يبتنى على قبول المرأتين مع اليمين، وقد تعرف الإشـكال فى دعواه الاجماع على القبول من اعترافه بوجود الخلاف من (التنقيح) و (المراسم) و (الغنيه) .

وأما الإشكال على القبول بعدم ذكر المرأتين مع اليمين فى مرسله يونس، حيث ذكر فيه وجوه استخراج الحقوق، فمندفع بإرساله أوّلاً، وبتوقّفه على المفهوم ثانياً، وبأن الحصر لو سلّم إضافى ثالثاً. . .

هل تقبل شهاده النساء منفردات مطلقاً؟

بقيت مسأله شهاده النساء منفردات عن الرجل واليمين، قال فى (المسالك) بعدم القبول قطعاً، ووافقه صاحب (الجواهر) (1). . . ولكن قد يستدلّ للقبول بما يلى:

١ - الحلبى: « عن الصادق عليه السـلام: إن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم أجاز شهاده النساء فى الدين وليس معهن رجل» (2).

٢ - الحسن بن أبى عقيل: « قد روى عنهم: إن شهاده النساء إذا كنّ أربع نسوه فى الدين جائز» (3).

أقول: أمـا الأـوّل: فلعلّه حكايه عن قضـيه فى واقعه، ومن الجائز وجود اليمين معهن، وإن كان « جائز» بمعنى « نافـذ» ، فإنه يجمع بينه وبين حسنته وصحيحه منصور المشتملتين على اليمين، بناءاً على الجمع بين المطلق والمقيد

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٢۵٨، جواهر الكلام ۴١: ١۶٩.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۵۶/٢٠. كتاب الشهادات، الباب ٢۴.

٣- ٣) مختلف الشيعه ٨: ۴۵۵، جواهر الكلام ۴١: ١۶٩.

المثبتين حين يعلم بوحده الحكم فيهما. مثل: أعتق رقبه وأعتق رقبه مؤمنه، فلو كان مطلق الرقبه مفرغاً للذمه كان تقييدها بالمؤمنه لغواً. . . على أن هذا الخبر مجمل فلم يتبين فيه عدد النساء.

وأما الثانى: فخبر مرسل. وفى (الجواهر) عمن ذكره: أنه لم يقف على حقيقته، وأنه لم يصح عنده من طريق المؤمنين.

ومن هنا قال فى (الجواهر) : لا تقبل شهاده النساء منفردات فى شيء من ذلك وإن كثرن، بلا خلاف محقق أجده (١).

هل يثبت الوقف بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين؟

قال المحقق: « وفى الوقف تردد، أظهره أنه يثبت بشاهد وامرأتين، وبشاهد ويمين» (٢).

أقول: وجه تردد المحقق فى القبول فى الوقف هو الاختلاف فى أنه هل ينقل إلى اللّه تعالى أو إلى الموقوف عليه أو يبقى على ملك المالك؟ وحيث أن مختار المحقق هو الثانى، فإنه يثبت بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين، لأنه مال للموقوف عليه، فهو من حقوق الناس.

وقد قيد القبول بذلك فى (الجواهر) تبعاً للمسالك: بأنه إن كان موقوفاً على محصور (٣)، فلو كان على غير محصور أشكل كونه ملكاً لهم لعدم العرفيه فى اعتبار الملكيه لغير المحصور، ولعدم تصوير النزاع حينئذ، لأن كلّاً من المدعى والمدّعى

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ١٦٩.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١٣٧.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ١٦٩.

علیه مالک.

وعلّله فی (المسالک) بأنه إذا کان علی غیر محصور فلا یمکن حلفه (۱). . . أی: لأن یمین الشخص فی غیر ماله غیر مقبوله، فیکون غیر المحصور ملکاً للّه ملکاً اعتباریاً، وللکلّ الانتفاع بمنافعه. . .

وأما إذا کان علی محصور، ففی (الجواهر) إنه تجری علیه جمیع أحکام الملک عدا الامتناع عن نقله، وذلک لا یخرجه عن الملکیه کاُمّ الولد. علی أنه قد یجوز بیعه فی بعض الأحوال (۲).

وذهب الشیخ فی (الخلاف) إلی عدم ثبوت الوقف بذلک. . . قال: لأن الوقف لیس بمال للموقوف علیه، بل له الانتفاع به فقط دون رقبته (۳).

فظهر أن الخلاف فی المقام مبنی علی الخلاف فی الوقف.

والأشبه من التفصیل بین المحصور وغیر المحصور، هو التفصیل بین ما إذا کان الموقوف علیه الأشخاص عموماً أو خصوصاً، وما إذا کان الوقف علی الجهه، فیثبت فی الأوّل دون الثانی. . . بل یثبت فی الأوّل حتی علی القول بعدم ملکیه المنفعه والقول بجواز الانتفاع کالجلوس فی المسجد.

ومن فروع هذه المسأله:

ما إذا أقام الشخص عن مکانه فی المسجد فصلّی فی مکانه، فعلی القول بالملکیه تبطل صلاته، دون القول بجواز الانتفاع.

ومنها: ما فی (العروه الوثقی) : من أن الأحوط للموقوف علیهم فی الأوقاف

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۵۷.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۶۹.

۳- ۳) کتاب الخلاف: ۶/۲۸۱.

الخاصه دفع الخمس، فيفيد عدم الخمس (۱)إذا كان الوقف عاماً. . فإذا كان البستان وقفاً على الأولاد، فعلى القول بالملكيه يملكون الأثمار وعليهم الخمس، وأما إذا كان وقفاً على عموم الناس فلا يملكك أحد شيئاً، بل لهم الإستفاده منها فلا خمس. . . نعم، يجب بناءاً على اعتبار الملكيه للعموم.

والحاصل: إن الأشبه هو القبول فيها إذا كانت الدعوى فى مال أو فيما يقصد به المال، أعم من العين والمنفعه.

ثم ذكر فى (الجواهر) مصاديق أخرى من موارد الثبوت بالشاهد واليمين، وهى حقوق الأموال، كالأجل والخيار اشتراطاً وانقضاءاً، والشفعه، وفسخ العقد المتعلّق بالأموال، وقبض نجوم الكتابه أو غيرها من الأموال، (قال) : لأن جميعها حق آدمى، بل المقصود منها أجمع ثبوت مال أو زواله، بل وكذا النجم الأخير من الكتابه، وإن توقف فيه الفاضل فى القواعد (۲)، لكنه فى غير محلّه، خصوصاً بناءاً على ما ذكرناه (۳).

قلت: وجه توقف العلامه فى (القواعد) احتمال كون النزاع حينئذ فى الحريه وهى ليست بمال.

۳ ما يثبت بالرجال والنساء مطلقاً

اشاره

قال المحقق: « الثالث: ما يثبت بالرجال والنساء منفردات ومنضمات وهو

ص:۱۱۸۴

۱- ۱) العروه الوثقى ۲: ۳۹۰.
۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۴۹۹.
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۰.

الولاده والإستهلال وعيوب النساء الباطنه» (۱).

أقول: القسم الثالث ما يثبت بشـهاده النساء منفردات عن الرجال واليمين ومنضـمات، وهی أمور، وضابطها ما يعسر اطلاع الرجال عليه أو يحرم أو لا يكون عاده. . . والحكم الكلّی فی قبول شـهاده النساء كونهن أربع نسوه. . . لكن فی (المسـتند) اشتراط ضـم اليمين وإن كن أربع نسوه (۲).

ومن صـغريات هـذا الضابـط « الولاـده» و « استـهلال المولود» أی صـياحه وبكاؤه عنـد الولاده، و « عيوب النساء الباطنه» كالقرن ونحوه، أما الظاهره كالعرج ونحوه فلا.

والحكم بالثبوت فی هذه الموارد لا خلاف فيه كما فی (الجواهر) وعن كاشف اللثام (۳)، لمسيس الحاجه، وللنصوص (۴):

۱ - الحلبی عن أبی عبـد اللّه عليه السـلام فی حـديث: « وسألته عن شـهاده القابله فی الولاده، قال: تجوز شـهاده الواحـده. وقال: تجوز شهاده النساء فی المنفوس والعذره» (۵).

۲ - أبو بصير: « سألته عن شهاده النساء فقال: تجوز شهاده النساء وحدهن علی مالا يستطيع الرجال النظر (ينظرون) إليه. . .» (۶).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷.

۲- ۲) مستند الشيعه ۱۸: ۲۹۶.

۳- ۳) كشف اللثام ۱۰: ۳۳۳.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۰.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۵۱/۲. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۶- ۶) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۵۱/۴. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳ - إبراهيم الحارقی (ثی) قال: « سـمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: تجوز شهاده النساء فیما لا یستطیع الرجال أن ینظروا إلیه ویشهدوا علیه. . .» (۱).

۴ - محمد بن الفضـیل عن الرضا علیه السـلام فی حدیث: « قال: تجوز شـهاده النساء فیما لا یستطیع الرجال أن ینظروا إلیه ولیس معهن رجل» (۲).

۵ - محمد بن مسلم: « سألته عن النساء تجوز شهادتهن؟ قال: نعم فی العذره والنفساء» (۳).

۶ - عبد اللّه بن بکیر عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « تجوز شهاده النساء فی العذره وکلّ عیب لا یراه الرجل» (۴).

۷ - عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث: « تجوز شهاده النساء وحدهنّ بلا رجال فی کلّ مالا یجوز للرجال النظر إلیه» (۵).

۸ - داود بن سرحان عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « اُجیز شهاده النساء فی الغلام (الصبی) صاح أو لم یصح، وفی کلّ شیء لا ینظر إلیه الرجال تجوز شهاده النساء فیه» (۶).

۹ - السـکونی عن أبی عبد اللّه علیه السـلام قال: « اُتی أمیر المومنین علیه السلام بامرأه بکر زعموا أنها زنت، فأمر النساء فنظرت إلیها فقلن هی عذراء.

ص:۱۱۸۶

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۲/۵. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۲/۷. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۳/۸. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۳/۹. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۳/۱۰. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۶- ۶) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۴/۱۲. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

فقال: ما كنت لأضرب من عليها خاتم من اللّه، وكان يجيز شهاده النساء فى مثل هذا» (۱).

۱۰ – العلاء عن أحدهما عليهما السلام قال: « لا تجوز شهاده النساء فى الهلال: وسألته هل تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم، فى العذره والنفساء» (۲).

وهل تثبت الامور المذكوره بشهاده الرجلين أو الرجل والمرأتين كما إذا جاز النظر أو اتفق أو نظر وتاب، أم لا؟

قال فى (الجواهر) : الثبوت هو المشهور كما فى (كشف اللثام) (۳). ونسبه فى (المستند) إلى ظاهر كلام الأصحاب، واستدلّ لذلك بالعمومات، كمرسله يونس فى استخراج الحقوق (۴)، قال فى (الجواهر) : بل لم أتحقق فيه خلافاً وإن حكى عن القاضى أنه قال: لا يجوز أن يكون معهن أحد من الرجال (۵)، لكن يمكن أن يريد الحرمه بدون الضروره على الأجانب، فإن تعمّدوا ذلك خرجوا عن العداله، لا أنه لا يجوز لهم الاطلاع مع الضروره، أو لا تقبل شهادتهم وإن اتفق اطّلاعهم عليه، لحليّه أو من غير عمد أو قبل عدالتهم، وعلى تقديره فلا ريب فى ضعفه (۶).

۱– ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۵۴/۱۳. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲– ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۵۶/۱۸. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳– ۳) كشف اللثام ۱۰: ۳۳۴، جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۱.

۴– ۴) مستند الشيعه ۱۸: ۳۰۲.

۵– ۵) المهذب ۲: ۵۵۹.

۶– ۶) جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۲.

وهل تقبل شهاده النساء منفردات فی الرضاع؟

هذا. . . وقد اختلفوا فی قبول شهادتهن فی الرضاع، فمنهم من قال بالقبول ومنهم من قال بعدم القبول.

قال المحقق: « وفی قبول شهاده النساء منفردات فی الرضاع خلاف، أقربه الجواز» (۱). أی: تبعاً للمفید (۲)وسلار (۳)وابن حمزه (۴)کما فی (المختلف) ، قال: وهو الظاهر من کلام ابن الجنید وابن أبی عقیل (۵)، بل ظاهر المحکی عن ناصریات السید الإجماع علیه (۶). خلافاً لظاهر (المبسوط) (۷)بل فی (المسالک) أن علیه الأکثر (۸)، بل صریح (الخلاف) الإجماع علیه (۹). . . .

واستدلّ للقبول: بأن الرضاع أیضاً من الامور التی لا یطّلع علیها إلا النساء غالباً، وهو مما لا یجوز أو یعسر للرجال أو لیس من عادتهم النظر إلیه، قالوا: ویؤید ذلک إطلاق قول الباقر علیه السلام فی خبر ابن أبی یعفور: « تقبل شهاده المرأه والنسوه إذا کن مستورات» (۱۰).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷.

۲- ۲) المقنعه: ۷۲۷.

۳- ۳) المراسم: ۲۳۴.

۴- ۴) الوسیله: ۲۲۲.

۵- ۵) مختلف الشیعه ۸: ۴۷۳.

۶- ۶) الناصریات: ۳۳۹.

۷- ۷) المبسوط فی فقه الإمامیه ۵: ۳۱۱.

۸- ۸) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۵۹.

۹- ۹) کتاب الخلاف: ۵/۱۰۷، المسأله ۲۰، و۶/۲۵۷، المسأله ۹.

۱۰- ۱۰) وسائل الشیعه ۲۷:۳۹۸/۲۰. کتاب الشهادات، الباب ۴۱.

وبالمفهوم فی خبر ابن بکیر عن الصادق علیه السلام: « فی امرأه أرضعت غلاماً وجاریه. قال: یعلم ذلک غیرها؟ قلت: لا. قال: لا تصدق إن لم یکن غیرها» (۱). دلّ علی أنها تصدق إن کان معها غیرها، و « غیر» مطلق یعم الرجال والنساء، إن لم نقل بأنه منصرف إلی النساء خاصه. . . ثم إن إرساله لا یضر، لأن ابن بکیر من أصحاب الإجماع.

وقال المانعون: بأن الرضاع مما یمکن اطلاع الرجال علیه، فلا یندرج تحت النصوص المزبوره، والأصل عدم القبول، بل فی المبسوط عن أصحابنا أنهم رووا: « لا یقبل شهاده النساء فی الرضاع» (۲).

وأُجیب عن إجماع (الخلاف) بالمنع، فالمسأله مختلف فیها، بل الشیخ نفسه رجع عن القول بالمنع إلی القول بالقبول فی المحکی من شهادات (المبسوط) (۳)الذی هو متأخر عن کتاب الخلاف، والشهادات متأخره فی المبسوط عن الرضاع. . . ولعلّ معقد هذا الاجماع هی قاعده ما یجوز للرجال النظر إلیه فلا تقبل شهاده النساء فیه، فإنها قاعده مسلّمه عند الکلّ بلا خلاف، ثم لما جعل الرضاع مصداقاً لهذه القاعده ادعی الإجماع علی عدم القبول فیه. . . إلا أن الخلاف فی المصداق.

وعن الأصل بانقطاعه بالنصوص.

وعن قول الشیخ: « عن أصحابنا أنهم رووا. . .» بأنه خبر مرسل لا وجود

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۰: ۴۰۱/۳. أبواب ما یحرم بالرضاع، الباب ۱۲.

۲- ۲) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۱۷۲.

۳- ۳) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۱۷۲.

له فی الاصول، ولا هو مقبول عند الشیخ فی الموضع الذی نقله، فإنه حکاه فی شهادات المبسوط الذی حکی عنه القول بالقبول فیه.

هذا، والمختار هو القبول، لأن الرضاع من الامور التی لا یطلع علیها الرجال غالباً، لا سیما مع تأییده بمفهوم المرسله المعتبره سنداً ودلاله. . . وبها ینقطع أصاله الإباحه التی ذکرها فی (المسالک) دلیلًا للمنع (۱)ولعلّهم یریدون أصاله إباحه النکاح بین البنت والغلام حتی یثبت المحرمیه بینهما بالرضاعه، ومن هنا قال مالشهید الثانی: ولا یخفی ضعف الأصاله (۲).

قال فی (الجواهر) : « وفی ما حضرنی من نسخ الشرائع متصلًا بذلک: ویقبل شهاده امرأتین مع رجل فی الدیون والأموال، وشهاده امرأتین مع الیمین، ولا تقبل فیه شهاده النساء منفردات ولو کثرن» .

قال: إلا أنه لا یخفی علیک عدم مناسبته للعنوان، ولعلّه لذا لم یشرحها فیما حضرنی من نسخه المسالک، لسقوط ذلک من نسخته، وعلی فرض صحتها فقد تقدم الکلام فی ذلک مفصلًا (۳).

مورد قبول المرأه الواحده

قال المحقق قدّس سرّه: « وتقبل شهاده المرأه الواحده فی ربع میراث المستهل وفی ربع الوصیه» (۴).

أقول: سیأتی فی الفرع التالی أن کلّ موضع یقبل فیه شهاده النساء منفردات عن الرجال والیمین، یعتبر کونهن أربعاً، فلو کنّ ثلاثه لم تؤثر شهادتهنّ، إلا فی الوصیه بالمال ومیراث المستهل، فإن هذین الموردین مستثنیان بنص خاص دلّ

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۵۹.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۵۹.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۳.

۴- ۴) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷.

على أنه يثبت جميع المشهود به بشهاده أربع، وثلاثه أرباعه بشهاده ثلاث، ونصفه بشهاده اثنتين، وربعه بواحده. قال في (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيه، بل عن (الخلاف) (۱)و (السرائر) (۲)الإجماع عليه (۳).

ويدلّ على ثبوت الربع بالواحده: ما رواه عمر بن يزيد عن أبي عبد اللّه عليه السلام: « عن رجل مات وترك امرأته وهي حامل، فوضعت بعد موته غلاماً، ثم مات الغلام بعدما وقع إلى الأرض، فشهدت المرأه التي قبلتها أنه استهل وصاح حين وقع إلى الأرض ثم مات. قال: على الإمام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام» (۴).

وعلى ثبوت النصف بالاثنتين: ما رواه عبد اللّه بن سنان قال: « سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: تجوز شهاده القابله في المولود إذا استهل وصاح في الميراث. ويورّث الربع من الميراث بقدر شهاده امرأه واحده. قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث» (۵).

وعلى ثبوت ثلاثه أرباع بالثلاث والكلّ بالأربع: ما رواه الصدوق قال: « وفي روايه اخرى: إن كانت امرأتين تجوز شهادتهما في نصف الميراث، وإن كنّ ثلاثه نسوه جازت شهادتهن في ثلاثه أرباع الميراث، وإن كنّ أربعاً جازت

۱- ۱) كتاب الخلاف: ۶/۲۵۸، المسأله ۱۰.

۲- ۲) السرائر ۲: ۱۳۸.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۳.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۵۲/۶. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۶۴/۴۵. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

شهادتهن فی المیراث کلّه» (۱).

وهنا فروع:

أ - هل لوالدی الغلام المستهل ربع المیراث منه لو بقی وکبر ومات قبلهما، کما یثبت له ربع المیراث من أبیه إذا استهل ثم مات؟ الظاهر - بعد حرمه القیاس والاستحسان، وبعد عدم إحاطه العقل بملاکات الأحکام الشرعیّه - هو الوقوف علی مورد النص.

ب - هل کما یثبت ربع المیراث، یترتب الآثار الاخری من النسب والمحرمیه ونحوهما لو بقی وکبر؟ الظاهر العدم، والوقوف علی حدّ دلاله النص، وعدم ترتیب الآثار الاخری ولو کان بینها وبین ثبوت الإرث ملازمه، ، فیکون المورد من قبیل الأصل فی عدم حجیه لوازمه، بل لو کان بین الإرث والنسب ملازمه لثبت تمام الإرث لا ربعه. . . فالحکم تعبد محض.

ج - إن ما دلّ بظاهره علی ثبوت جمیع المیراث بشهاده الواحده، کقوله علیه السلام فی صحیحه عبد اللّه بن سنان: « وتجوز شهاده القابله وحدها فی المنفوس» (۲)محمول علی القبول فی الجمله وهو الربع، بقرینه الأدلّه الاخری.

د - هل هذا الحکم مخصوص بالقابله؟ الذی فی أغلب نصوص المسأله هو « القابله» ، ولعله من هنا خص المحقق فی (النافع) الحکم بها تبعاً لبعض الأصحاب (۳)، لکن یدلّ علی ما ذهب إلیه هنا خبر سماعه قال: « قال: القابله تجوز

ص:۱۱۹۲

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۵/۴۸. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۴/۹. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) المختصر النافع: ۲۸۰.

شهادتها فی الولد علی قدر شهاده امرأه واحده» (۱)، وما فی صحیحه ابن سنان المتقدمه من قوله علیه السلام: « ویورث الربع من المیراث بقدر شهاده امرأه واحده» (۲)(۳).

ح - هل یشترط قبول شهاده المرأه الواحده بتعذر الرجال أولا؟ مقتضی إطلاق المحقق والأکثر کما قیل هو الثانی، وعن (النهایه) (۴)و (السرائر) (۵)والقاضی (۶)وابن حمزه (۷): الأول. قال: فی (المستند) : لأن الشائع الغالب المتبادر فی المسأله یوجب انصراف أدلتها إلی صوره التعذر (۸).

قلت: وفیه تأمل، ومن هنا احتج فی (الریاض) و (الجواهر) للثانی بإطلاق النص (۹).

ط - هل یشترط فی القبول الیمین؟ مقتضی إطلاق النصوص والفتاوی عدم

ص:۱۱۹۳

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵۷/۲۳. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۶۴/۴۵. کتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۳- ۳) أقول: من هذین الخبرین یستفاد أن تخصیص القابله فی غیرهما هو لدفع توهم ثبوت جمیع المشهود به بشهادتها باعتبار کونها فی حکم ذی الید الذی یترتب الأثر کلّه علی شهادته. . . فلا وجه لتأمل صاحب المستند (مستند الشیعه ۱۸: ۳۰۴) فی هذا الاستدلال.

۴- ۴) النهایه: ۳۳۳.

۵- ۵) السرائر ۲: ۱۳۸.

۶- ۶) المهذّب ۲: ۵۵۹.

۷- ۷) الوسیله: ۲۲۲.

۸- ۸) مستند الشیعه ۱۸: ۳۰۷.

۹- ۹) ریاض المسائل ۱۵: ۳۶۰، جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۴.

الاشتراط، وأما خبر (تحف العقول) : « فإن كانت وحدها قبل قولها مع يمينها» (۱)فمرسل.

ی- لو انضم إلى هـذه المرأه رجـل واحـد، ثبت الربع كـذلک، ولو كـان رجل وامرأتان أو رجلان، أو رجل ويمين، ثبت الإرث كلّه.

هذا كلّه بالنسبه إلى ميراث المستهل.

قال المحقق: « وفى ربع الوصيه» (۲).

أقول: والوصـيه بالمال يثبت ربعها بواحده ونصفها باثنتين، وهكذا، وهذا الحكم أيضاً مجمع عليه كما عن (السرائر) وغيرها (۳)، وتدلّ على ذلک النصوص. . .

وهنا أيضا فروع:

أ - هل يتوقف قبول شـهادتها هنا على اليمين؟ قال فى (الجواهر) : « مقتضـى إطلاق النص والفتوى عـدم توقف قبول شـهادتهن على اليمين، خلافاً للتذكره فقال بتوقف شهادتهن على اليمين كما فى الرجل الواحد (۴). وفيه: إنه لا دليل هنا على اعتبار اليمين، بل ظاهر الأدله خلافه، على أن اليمين مع شهاده الواحد توجب ثبوت الجميع، فلا يلزم مثله فى البعض. . .» (۵).

ب - فى ثبوت النصف بشـهاده الرجـل لقيـامه مقـام الاـثنتين أو الربع لكونه المـتيقن، إذ لاـ يقصـر الرجـل عن امرأه، أو لاـ يثبت بشهادته شيء أصلًا، وقوفاً فيما خالف الاصل على مورده، وجوه؟ أما الأوّل، ففى (الجواهر) إنه لم نجد به قائلًا،

۱- ۱) تحف العقول: ۴۸۰. عنه وسائل الشيعه ۲۷: ۳۶۵/۵۱. كتاب الشهادات، الباب ۲۴.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷.

۳- ۳) السرائر ۲: ۱۳۸. الخلاف ۶/۲۵۸، المسأله ۱۰، مختلف الشيعه ۸: ۴۶۰.

۴- ۴) تذكره الفقهاء ۲: ۵۲۲، (حجرى) .

۵- ۵) جواهر الكلام ۲۸: ۳۵۳.

وإن كـان لاـ يخلو عن قوه كمـا اعترف به العلاـمه الطباطبـائی فی مصـابیحه (۱). وأمـا الثـانی، فهو مختار العلامه فی (القواعـد) والشهید الثانی فی (المسالک) والسید فی (الریاض) (۲). وأما الثالث، فهو مختار الفخر فی (الإیضاح) وتبعه صاحبا (المستند) و (الجواهر) (۳)وهو المختار، للأصل بعد حرمه القیاس، ودعوی الأولویه متوقفه علی تنقیح المناط القطعی.

هل یجوز للمرأه تضعیف المشهود به؟

ج - هـل یجوز للمرأه الواحـده مثلاًـ تضـعیف مـا أوصـی به فی الشـهاده حتی یثبت تمـام الوصـیه، بأن تشـهد فیما أوصـی بمائه بأربعمائه أم لا یجوز؟ وجهان، فقال صاحبا (الجواهر) و (المستند) بالعدم تبعاً للمسالک (۴)، وقال کاشف اللثام بالجواز (۵).

واستدلّ فی (المستند) بکونه کذباً، وأنه لا دلیل علی تجویز الکذب هنا، قال

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۴.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۵۰۰، مسالک الأفهام ۱۴: ۲۶۰، ریاض المسائل ۱۵: ۳۶۱.

۳- ۳) إیضاح الفوائد ۲: ۶۳۴ ۶۳۵، و۴: ۴۳۵، مستند الشیعه ۱۸: ۳۰۷، جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۴.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۵، مستند الشیعه ۱۸: ۳۰۸، مسالک الالفهام ۱۴: ۲۶۰.

۵- ۵) کشف اللثام ۱۰: ۳۳۸.

فی (الجواهر) : وربما یؤیّده أنه سئل الصادق فی المرسل یونس « عن الرجل یکون له علی الرجل حق فیجحد حقّه ویحلف أنه لیس له علیه شیء، ولیس لصاحب الحق علی حقه بینه، یجوز له إحیاء حقه بشهاده الزور إذا خشی ذهاب حقه؟ قال: لا یجوز ذلک لعلّه التدلیس» (۱).

واستدلّ کاشف اللثام للجواز قائلاً: « الأقوی الحلّ وإن حرم التزویر لکونه إغراءً بالقبیح، وفی مرسل عثمان بن عیسی: قیل للصادق علیه السلام: یکون للرجل من اخوانی عندی شهاده ولیس کلّها یجیزها القضاه عندنا قال: إذا علمت أنها حق فصححها بکلّ وجه حتی یصح له حقه» (۲)قال: ولعلّه إشاره إلی ما ذکرنا من التوریه (۳).

واعترضه فی (الجواهر) : بأن لا دلاله علی ذلک، بل أقصاه أنه کخبر داود ابن الحصین أنه سمعه یقول: « إذا اُشهدت علی شهاده فأردت أن تقیمها فغیّرها کیف شئت ورتّبها وصحّحها بما استطعت حتی یصح الشیء لصاحب الحق، بعد أن لا تکون تشهد إلا بحقّه، ولا تزید فی نفس الحق ما لیس بحق، فإنما الشاهد یبطل الحق ویحق الحق، وبالشاهد یوجب الحق وبالشاهد یعطی، وأن للشاهد فی إقامه الشهاده بتصحیحها بکلّ ما یجد إلیه السبیل من زیاده الألفاظ والمعانی والتفسیر فی الشهاده ما به یثبت الحق ویصححه، ولا یؤخذ به زیاده علی الحق مثل أجر الصائم القائم المجاهد بسیفه فی سبیل اللّه» (۴)(۵).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۷/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱۸.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۷/۳. کتاب الشهادات، الباب ۴. بتفاوت یسیر.

۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۳۳۸.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۶/۱. کتاب الشهادات، الباب ۴.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۵.

والحاصل، إن هـذه الأخبار تدلّ على جواز تصـحيح الشـهاده بكلّ وجه صـحيح شـرعى عند القاضـى لا سـيما إذا كان من قضاه العامه حتى يجيزها ويثبت الحق لصاحبه. . . وفيها دلاله على جواز إثبات الحق ولو بالكذب والتزوير. . .

فالأقوى هو القول بعدم جواز تضـعيف المرأه المشـهود به، لأنه كذب، ولا دليل على كون ما نحن فيه من الموارد المستثنات من حرمه الكـذب. نعم، لا بأس بـدفع الباطل عنه بباطل آخر، لخبر الحكم [أخى] أبى عقيله قال: « قلت لأبى عبـد اللّه عليه السـلام: إن لى خصـماً يسـتكثر على شـهود الزور، وقد كرهت مكافاته، مع أنى لا أدرى يصـلح لى ذلك أم لا؟ فقال: أما بلغك عن أمير المؤمنين عليه السـلام أنه كان يقول: لا توسـروا أنفسكم وأموالكم بشهادات الزور فما على امرئ من وكف فى دينه ولا مأثم من ربّه أن يدفع ذلك عنه، كما أنه لو دفع شهادته عن فرج حرام أو سفك دم حرام كان ذلك خيراً له» (۱).

أقول: فى (الكـافى) و (الوسائل) و (الوافى) : « لا توسـروا» (۲)وفى نسـخه (الجواهر) : « لا توروا» (۳)قال المجلسى فى (مرآه العقول) : « يحتمل أن يكون مشتقاً من اليسار. أى: لا تجعلوا أنفسكم موسره. . . أو من الأسر على التهديد، أى: لا تشهدوا بالزور فتحبس أنفسكم وأموالكم بسببها، أو لا تجعلوا أنفسكم أسيراً للناس» (۴). فرجح رحمه اللّه الاحتمال الثانى لكونه أنسب بالتفريع عليه بقوله: « فما على امرئ. . .» .

ويحتمـل أن يكون المراد: لاـ تجعلوا أنفسـكم فى أسـر شـهاده الزور التى يقيمونهـا، ولاـ تكونوا فى ضـيق من أجلهـا، بل عليكم الإقدام للدفاع عن أنفسكم

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۳۸/۲. كتاب الشهادات، الباب ۱۸.

۲- ۲) الكافى ۷: ۴۰۱/۳، الوافى ۱۶: ۱۰۳۸/۱۶۶۴۰.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۶.

۴- ۴) مرآه العقول ۲۴: ۲۵۹/۳.

وأموالكم (۱).

وكيف كـان، فإنه لا يجوز أخـذ شـيء بشـهاده الزور والكـذب والتزوير، وأما المـدافعه عن الأموال والأنفس والحقوق فجائز بل واجب بكلّ طريق ممكن.

ومحلّ الكلام من الأول دون الثاني، واللّه العالم.

حكم شهاده الخنثى المشكل

قـال في (المسالك) : « والخنثى هنا كالمرأه» (۲). وفي (الجواهر) : « لو شـهدت الخنثى المشـكل في الوصيه والاستهلال، ثبت الربع بناء على ثبوته بالرجل، وإلا لم يثبت بشهادتها شيء» (۳).

أقول: أمـا وجه كلام (المسالـك) فهو مختاره في أن الرجل الواحـد يقوم مقام المرأه الواحـده في ثبوت الربع، والخنثى لا تخلو عن أحد الجنسين. وأما بناءاً على مختار (الجواهر) من عدم ثبوت شيء بشهادته، فلا يثبت بشهاده الخنثى شيء، لأن كونها امرأه غير معلوم، ومن هنا قال في (كشف اللثام) : ثبت الربع بواحـده وهكـذا، كالمرأه إن قلنا إن الرجل الواحد كالمرأه الواحده، وإلا لم يثبت شيء إلا بأربع خناثي (۴).

---

۱ – ۱) أقول: إن نسـخه الجواهر هي الأصـح في النظر، و: لا ـ توروا « بمعنى: لا ـ تشـعلوا ولا تحرقوا، قال تعالى: «أَفَرَأَيْتُمُ النَّارَ الَّتِي تُورُونَ» . فالمراد: لا تفنوا.

۲– ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۶۰.

۳– ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۶.

۴– ۴) كشف اللثام ۱۰: ۳۳۹.

لو شهدت النساء فی شیء فیه حقان

وفی (کشف اللثام) و (الجواهر) إنه إذا اجتمع فی الشیء الذی شهدت النساء فیه حقّان أی حق اللّه الذی لا یثبت بشهاده النساء مطلقاً وحق الآدمی کان لکلٍ حکمه، فلو شهد علی السرقه مثلاً رجل وامرأتان، ثبت المال، لکونه حقاً لآدمی یثبت بشهادتهن، دون القطع لکونه حقاً للّه (۱).

وفی (القواعد) و (کشف اللثام) و (الجواهر) أنه لو علّق العتق بالنذر علی الولاده، أی: نذر إن ولدت أمته أعتقها أو ولدها أو غیرهما، فشهد أربع نساء بالولاده، ثبتت الولاده ولم یقع النذر (۲).

وفی (التحریر) : ولو شهد رجل وامرأتان بالنکاح، فإن قبلنا فیه شهاده الواحد والمرأتین فلا بحث، وإلا ثبت المهر دون النکاح (۳). قال کاشف اللثام وتبعه (الجواهر) : وفیه بعد، للتنافی (۴).

کلّ موضع یقبل فیه شهاده النساء یعتبر کونهن أربعاً

قال المحقق قدّس سرّه: « وکلّ موضع تقبل فیه شهاده النساء لا یثبت بأقل من أربع» (۵).

ص:۱۱۹۹

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۳۳۹، جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۶.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۳۳۹، جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۶، قواعد الأحکام ۳: ۵۰۰.

۳- ۳) تحریر الأحکام ۵: ۲۶۸.

۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۳۳۹، جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۶.

۵- ۵) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷.

أقول: قد نسب هذا الحكم فى (الرياض) إلى الأشهر بل عامّه من تأخر (۱)، بل فى (كشف اللثام) و (الجواهر) نسبته إلى المشهور (۲). . . واستدلّ له بوجوه منها:

الأوّل: ما عهد من عاده الشرع فى باب الشهادات بل فى (الجواهر) دعوى القطع به من الكتاب والسنه من اعتبار المرأتين بالرجل (۳)، فيثبت ما لا يطلع عليه الرجال بما يساوى الرجلين.

الثانى: الأصل الدالّ على عدم جواز قبول شهادتهن مطلقاً، خرج الأربع فى محلّ البحث اتفاقاً فتوى ونصاً كما فى (الرياض) (۴)، لأن موردهما النساء بصيغه الجمع غير الصادق حقيقه إلا على ما زاد على اثنين، وكلّ من قال بلزومه عيّن الأربع.

الثالث: ما دلّ على قبول شهاده القابله فى الولد على قدر شهاده امرأه واحده. . . فإنها تدلّ على أن الشهاده المعتبره تامه هى شهاده الأربع نسوه.

وعن ابن الجنيد: كلّ أمر لا يحضره الرجال ولا يطّلعون عليه، فشهاده النساء فيه جائزه، كالعذره والإستهلال والحيض، ولا يقضى به بالحق إلا بأربع منهن، فإن شهد بعضهن فبحساب ذلك (۵).

ص:۱۲۰۰

۱- ۱) رياض المسائل ۱۵: ۳۵۴.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۳۳۶، جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۶.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۶ ۱۷۷.

۴- ۴) رياض المسائل ۱۵: ۳۵۴.

۵- ۵) عنه مختلف الشيعه ۸: ۴۵۵ ۴۵۶.

وعن المفيـد: تقبل شـهاده امرأتين مسـلمتين مسـتورتين فيما لا يراه الرجال. . . وإذا لم يوجـد على ذلك إلا شـهاده امرأه واحده مأمونه، قبلت شـهادتها فيه (١). وتبعه سـلار فى قبول المرأه الواحـده فى الاـمور البـاطنه (٢). وعن متـاجر (التحرير) : لو اشـترى جاريه على أنها بكر فقال المشترى: إنها ثيب، أمر النساء بالنظر إليها، ويقبل قول امرأه ثقه فى ذلك (٣).

قـال العلاـمه فى (المختلف) : احتـج المفيـد بمـا رواه الحلبى عن الصـادق عليه السـلام « قـال: تجوز شـهاده القـابله وحـدها فى المنفوس» (۴)، وعنه أيضاً:

عن الصادق عليه السـلام « عن شـهاده القابله فى الولاده. قال: تجوز شـهاده الواحده» (۵)وعن أبى بصـير عن الباقر عليه السلام: « تجوز شهاده امرأتين فى الاستهلال» (۶).

قال: والجواب: القول بالموجب، فإنا نقبل شهاده الواحده فى ذلك، لكن لا يثبت جميع الحق بل الربع (٧).

وأجاب فى (الرياض) عن الاستدلال بالصحيحتين بأربعه وجوه (٨).

١- ١) المقنعه: ٧٢٧، و عنه الدروس ٢:١٣٩، مسالك الأفهام ١۴: ٢۶١، جواهر الكلام ۴١: ١٧٧.

٢- ٢) المراسم: ٢٣۴.

٣- ٣) تحرير الأحكام ٢: ٣٧٧. و عنه كشف اللثام ١٠: ٣٣۶.

۴- ۴) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۵٣/ ١٠. كتاب الشهادات، الباب ٢۴.

۵- ۵) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۵١/ ٢. كتاب الشهادات، الباب ٢۴.

۶- ۶) وسائل الشيعه ٢٧: ٣۶٢/ ۴١. كتاب الشهادات، الباب ٢۴.

٧- ٧) مختلف الشيعه ٨: ۴٧۵ ۴٧۶.

٨- ٨) رياض المسائل ١۵: ٣۵۵ ٣۵۶.

وأما قول ابن الجنید، ففی (الریاض) وکذا فی (المستند) إن مستنده غیر واضح عدا القیاس بالاستهلال والوصیه، وبطلانه واضح (۱)

وفی (الجواهر) عن السید فی (الناصریه) : یجیز أصحابنا أن تقبل فی الرضاع شهاده المرأه الواحده تنزیهاً للنکاح عن الشبهه واحتیاطاً فیه (قال) : واحتج علی ذلک بالإجماع والحدیث النبوی: « دعها، کیف وقد شهدت بالرضاع» (۲).

أقول: إن هذا یتوقف علی تنقیح المناط القطعی، بأن یستفاد حکم قبول شهاده الواحده فی الرضاع من أخبار قبول القابله فی الإستهلال، باعتبار أن ملاک قبول الثانیه هو کونها ذات ید بالنسبه إلی المولود، فکذا المرضعه بالنسبه إلی الرضیع، لکن فی کلام السید إنه احتیاط، وهو کذلک، فإن أصاله الإحتیاط محکمه فی الفروج فی الشبهه الحکمیه والموضوعیه، لکن عمومات حلیه النکاح إلا من المحارم یقیناً قاطع لهذا الأصل. فإن کان الرجوع إلیها هنا من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه، رجعنا إلی استصحاب عدم تحقق الرضاع الموجب للحرمه.

وأما الإجماع الذی ادّعاه، فالظاهر أن معقده الإحتیاط أو الأخذ بالملک المذکور، وإلا فلا ریب فی وجود الخلاف فی المسأله.

وأما الحدیث النبوی فغیر معتبر سنداً.

قال فی (الجواهر) : وعن أبی الصلاح: ویحکم بشهادتهما منفردتین فیما لا ـ یعاینه الرجال من أحوالهن (۳). (قال) : ویلزمه الحکم بهما فی الرضاع أیضاً لدخوله

۱- ۱) ریاض المسائل ۱۵: ۳۵۶، مستند الشیعه ۱۸: ۳۰۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۷ ۱۷۸، مسائل الناصریات: ۳۴۰، وفیه: دعها کیف وقد شهدت السوداء وفی الجواهر ۲۹: ۳۴۷، کما فی الناصریات.

۳- ۳) الکافی فی الفقه: ۴۳۹.

فیه، نعم، ظاهره عدم الاکتفاء بالواحده. وربما یشهد له ظاهر قوله علیه السلام: « لا تصدق إن لم یکن معها غیرها» (۱)فی مرسل ابن بکیر المتقدم. لکن قد عرفت قصور ذلک ونحوه عن مقاومه ما سمعته من الأدلّه، فلابدّ من تنزیل ذلک ونحوه علیها أو علی ما لا ینافیها (۲). واللّه العالم.

ص:۱۲۰۳

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۰: ۴۰۱/۳. أبواب ما یحرم بالرضاع، الباب ۱۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۸.

مسائل ثلاث

المسأله الاولی: (فی أن الشهاده لیس شرطاً فی شیء من العقود إلا الطلاق)

قال المحقق قدّس سرّه: « الشهاده لیست شرطاً فی شیء من العقود إلّا الطلاق، ویستحب فی النکاح والرجعه، وکذا فی البیع» (۱).

أقول: فی المسأله فروع:

الأوّل: عدم اشتراط الشهاده فی صحه شیء من العقود والإیقاعات، وهذا الحکم مجمع علیه کما فی (کشف اللثام) و (الجواهر) حیث قالا: « عندنا» (۲).

قال فی (المسالک) : عملاً بالأصل، وضعف الدلیل الموجب (۳). وفی (الجواهر) : للأصل المستفاد من إطلاق ما یقتضی الصحه من الکتاب والسنّه.

والثانی: کون الشهاده شرطاً فی الطلاق. ویدلّ علیه النصوص المستفیضه، ومنها:

۱ - محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث: قال: « جاء رجل

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۳۵۴، جواهر الکلام ۴۱: ۱۷۸.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۶۲.

إلی علی علیه السلام فقال: یا أمیر المومنین إنی طلّقت امرأتی. قال علیه السلام: ألک بینه؟ قال: لا. قال: اغرب» (۱).

۲ - بکیر بن أعین وغیره عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث قال: « إن طلّقها للعدّه أکثر من واحده فلیس الفضل علی الواحده بطلاق، وإن طلّقها للعدّه بغیر شاهدی عدل، فلیس طلاقه بطلاق» (۲).

۳ - زراره وجماعه عن أبی جعفر وأبی عبد اللّه غ فی حدیث: « وإن طلقها فی استقبال عدّتها طاهراً من غیر جماع ولم یشهد علی ذلک رجلین عدلین، فلیس طلاقه إیاها بطلاق» (۳).

۴ - أبو الصباح الکنانی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: « من طلّق بغیر شهود فلیس بشیء» (۴).

۵ - محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السلام عن أمیر المؤمنین علیه السلام إنه قال لرجل فی حدیث: « أشهدت رجلین ذوی عدل کما أمرک اللّه؟ فقال: لا، فقال: إذهب فإن طلاقک لیس بشیء» (۵).

۶ - الطبرسی فی قوله تعالی: «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» (۶): « معناه: وأشهدوا علی الطلاق صیانه لدینکم. وهو المروی عن أئمتنا» (۷).

ص:۱۲۰۵

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۲: ۲۵/۱. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ۱۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۲: ۲۶/۲. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ۱۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۲: ۲۶/۳. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ۱۰.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۲: ۲۷/۶. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ۱۰.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۲: ۲۷/۷. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ۱۰.

۶- ۶) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

۷- ۷) وسائل الشیعه ۲۲: ۲۹/۱۱. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ۱۰.

واستدلّ له بالآيه الكريمه من الكتاب: «يَا أَيُّهَا اَلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ اَلنِّسٰاءَ. . . وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ. . .» (1)فإنه وإن احتمل كون مورد الشهاده هو الرجعه لكونها أقرب، لكن فى النصوص المذكوره ما يدلّ على أن المراد هو الإشهاد على الطلاق، ومن هنا قال فى (المسالك) : « أجمع الأصحاب على أن الإشهاد شرط فى صحه الطلاق، ويدلّ عليه وراء الإجماع قوله تعالى بعد ذكر الطلاق «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» والآيه وإن كانت محتمله للإشهاد على الرجعه لقربها، إلا أن الأخبار خصصته به» (2).

وأضاف فى (الجواهر) : [الظهار] (3)وهو كذلك، للنصوص الدالّه عليه، ومنها:

١ - حمران فى حديث قال: « قال أبو جعفر عليه السلام: لا يكون ظهار إلا فى طهر من غير جماع بشهاده شاهدين مسلمين» (4)(5).

٢ - ابن فضال عمن أخبره عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق» (6).

ص:۱۲۰۶

١- ١) سوره الطلاق ۶۵: ۲۱.

٢- ٢) مسالك الأفهام ٩: ١١١.

٣- ٣) جواهر الكلام ۴١: ١٧٨.

۴- ۴) وسائل الشيعه ٢٢: ٣٠٧/ ١. كتاب الظهار، الباب ٢.

۵- ۵) أقول: هذا صحيح سندا. و فيه «شهاده شاهدين مسلمين» و هو ظاهر فى كفايه شهاده غير الإمامى الثنى عشرى، و اليه ذهب جماعه من الأصحاب و لهم أن يجيبوا عن الخبر الثانى الدال على أنه يعتبر فى الظهار ما يعتبر فى الطلاق و منه العداله بعد الغض عن الإرسال فى سنده، بأنه لا يصلح للتقييد لوجود النص الدال على قبول شهاده الناصبين فى الطلاق.

۶- ۶) وسائل الشيعه ٢٢: ٣٠٧/٣. كتاب الظهار، الباب ٢.

والثالث: استحباب الإشهاد فی أُمور وهی: النکاح والرجعه والبیع.

أما [النکاح] فقد دلّ علی عدم وجوب الإشهاد فیه وعلی استحبابه عدّه نصوص، ومنها:

١ - هشام بن سالم: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام: إنما جعلت البینات للنسب والمواریث» (١).

٢ - زراره: « سئل أبو عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یتزوج المرأه بغیر شهود. فقال: لا بأس بتزویج البته فیما بینه وبین اللّه، إنما جعل الشهود فی تزویج البته من أجل الولد، لولا ذلک لم یکن به بأس» (٢).

٣ - حفص بن البختری عن أبی عبد اللّه علیه السلام « عن الرجل یتزوج بغیر بینه. قال: لا بأس» (٣).

٤ - محمد بن الفضیل: « قال أبو الحسن علیه السلام لأبی یوسف القاضی: إن اللّه أمر فی کتابه بالطلاق وأکّد فیه بشاهدین ولم یرض بهما إلا عدلین، وأمر فی کتابه بالتزویج فأهمله بلا شهود، فأثبتم شاهدین فیما أهمل وأبطلتم الشاهدین فیما أکد» (٤).

وعن ابن أبی عقیل القول بالوجوب، لما رواه المهلب الدلال « أنه کتب إلی أبی الحسن علیه السلام: إن امرأه کانت معی فی الدار، ثم إنها زوّجتنی نفسها وأشهدت اللّه وملائکته علی ذلک، ثم إن أباها زوّجها من رجل آخر فما تقول؟

١- ١) وسائل الشیعه ٢٠: ٩٧/١. أبواب مقدمات النکاح، الباب ٤٣.

٢- ٢) وسائل الشیعه ٢٠: ٩٨/٣. أبواب مقدمات النکاح، الباب ٤٣.

٣- ٣) وسائل الشیعه ٢٠: ٩٨/٤. أبواب مقدمات النکاح، الباب ٤٣.

٤- ٤) وسائل الشیعه ٢٠: ٩٨/٥. أبواب مقدمات النکاح، الباب ٤٣.

فکتب علیه السلام: التزویج الدائم لا یکون إلا بولی وشاهدین، ولا یکون تزویج متعه ببکر، اُستر علی نفسک واکتم رحمک اللّه» (۱)(۲). فإنه ظاهر فی الوجوب.

لکن هذا الخبر لا یقاوم النصوص الدالّه علی عدم الوجوب، فیحمل علی الاستحباب (۳).

وأما [الرجعه] فیدلّ علیه:

۱ - زراره عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث: « وإذا أراد أن یراجعها أشهد علی المراجعه» (۴).

۲ - محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث: « وإن أراد أن یراجعها أشهد علی رجعتها» (۵).

وأما [البیع] فقال کاشف اللثام: للاعتبار، وقوله تعالی: «وَ أَشْهِدُوا إِذٰا تَبٰایَعْتُمْ» (۶)وأوجبها فیه أهل الظاهر لظاهر الأمر (۷).

ص:۱۲۰۸

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۱: ۳۴/۱۱. أبواب المتعه، الباب ۱۱.

۲- ۲) مختلف الشیعه ۸: ۱۰۱ ۱۰۲، جواهر الکلام ۲۹: ۴۰.

۳- ۳) هذا مع عدم تمامیته سنداً، فإن راویه « المهلب الدلّال» لا توثیق له فی کتب الرجال، وفی الوسائل بعد نقله: « حمله الشیخ علی التقیه» أنظر: ۲۱/۳۵. قال فی الجواهر: ومن هناکان المعروف بین الأصحاب خلافه، بل هو من الأقوال الشاذه فی هذا الزمان، بل هو کذلک فی السابق أیضاً، بقرینه ما حکی من الاجماع فی الانتصار والناصریات والخلاف والغنیه والسرائر والتذکره علی عدم الوجوب، وهو الحجه، بعد الأصل والأخبار الکثیره.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۲: ۱۰۶/۶. أبواب أقسام الطلاق، الباب ۱.

۵- ۵) وسائل الشیعه ۲۲: ۱۰۴/۲. أبواب أقسام الطلاق، الباب ۱.

۶- ۶) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۷- ۷) کشف اللثام ۱۰: ۳۵۴.

وأضاف فى (الجواهر) : [الدين] (۱)ويدلّ عليه قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا اَلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ. . . وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (۲).

إلا أنه يرفع اليد عن ظاهر هذه الآيه وسابقتها فى الوجوب، بالعمومات والإطلاقات، فيحكم بالإستحباب.

ص:۱۲۰۹

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۷۸.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

المسأله الثانیه: (فی أن حکم الحاکم نافذ ظاهراً لا باطناً)

قال المحقق قدّس سرّه: « حکم الحاکم یتبع للشهاده، فإن کانت محقه نفذ الحکم ظاهراً وباطناً، وإلا نفذ ظاهراً، وبالجمله: الحکم ینفذ عندنا ظاهراً لا باطناً، و لا یستبیح المشهود له ما حکم له إلا مع العلم بصحه الشهاده أو الجهل بحالها» (۱).

أقول: إن حکم الحاکم تبع للشهاده من حیث النفوذ مطلقاً أو فی الظاهر فقط، بمعنی أن المدعی لملکیّه الشیء إذا أقام شهاده محقه وحکم الحاکم له، یرتب الأثر علی الملکیه فیطالب بالشیء، وعلی المحکوم علیه تسلیمه إلیه، فالحکم یؤثر من جهه ترتیب الأثر علی الملکیه، لا أنها متوقّفه علی الحکم.

وبالجمله، إن کان المدعی محقاً وحکم الحاکم بالشهاده القائمه علی دعواه، کان له ترتیب الأثر علی الحکم ظاهراً وباطناً، وکذا علی المدعی علیه، وإن لم یکن محقاً کان له وعلی المدعی علیه ترتیب الأثر علیه فی الظاهر، فیکون الحکم حکماً واقعیاً یتقدّم علی أدله السلطنه بالتخصیص، فلو لم یرتب المحکوم علیه الأثر علیه بالتسلیم فهو عاص، وإن کان عالماً بکون الشیء ملکاً له وإن الحکم صدر اعتماداً علی شهاده زور. فالعمل بالحکم واجب شرعی علی المحکوم علیه، ولا یجوز

ص:۱۲۱۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷.

نقضه حتى مع العلم بمخالفته للواقع، اللهم إلاـ إذا خالف بحيث لم يصدق النقض، وأما المحكوم له فيمكنه الأخذ بالحكم والمطالبه استناداً إليه لكنه غير جائز له شرعاً مع العلم بمخالفته للواقع. وهذا معنى النفوذ ظاهراً.

ويدلّ على حرمه نقض الحكم فيما إذا كانت الشهاده محقّه كلّ ما يدلّ على أن حكم الحاكم فاصل للخصومه وقاطع للنزاع. . . كما ذكرنا فى كتاب القضاء بالتفصيل.

وأما إذا لم تكن الدعوى محقه، فقد استدلّ للنفوذ ظاهراً لا واقعاً بوجوه:

الأول: الإجماع. ذكره جماعه منهم المحقق فى المتن بقوله « عندنا» .

والثانى: الأصل. قال فى (المسالک) : « أطبق علماؤنا وأكثر الجمهور على أن الحكم لا ينفذ إلا ظاهراً، وأما باطناً فيتبع الحق، فلا يستبيح المحكوم له أخذ المحكوم به مع علمه بعدم الاستحقاق، لأصاله بقاء الحق على أصله والحلّ والحرمه كذلک» (1).

أقول: التمسک بالأصل يتوقف على تحقق موضوعه وهو الشک، كأن يحتمل صحه فتوى أبى حنيفه القائل بأن الحكم لا يتبع الحق فى الباطن، بل إنه يغيّره، وللمحكوم له ترتيب الأثر عليه وإن علم بطلانه، من غير فرق بين المال والبضع، ومع هذا الإحتمال والشک فى بقاء الحكم الشرعى وهو حرمه هذا المال أو البضع عليه قبل الحكم يستصحب بقاؤه.

إلا أنه يمكن أن يقال بعدم الحاجه إلى الاستدلال لبقاء الأحكام الواقعيه على حالها بالأصل، لعدم الشک فى كونها باقيه، وأما أدلّه الحكم ونفوذه، فهى مجعوله

ص:1211

1- 1) مسالک الأفهام 14: 262.

لفصل الخصومه، فإن طابق الواقع كان أثره ترتيب الأثر على الأحكام الواقعيه، وإن خالفه كان حكماً ثانوياً فى الظاهر، وأثره فصل الخصومه وحلّ النزاع، ولا علاقه له بالأحكام الواقعيه فإنها على حالها.

ولعلّ هذا مراد الشيخ فى (الخلاف) حيث قال: إذا ادّعى على رجل عند الحاكم حقاً فأقام المدعى شاهدين بما يدّعيه، فحكم الحاكم له بشهادتهما، كان حكمه تبعاً لشهادتهما، فإن كانا صادقين كان حكمه صحيحاً فى الظاهر والباطن، وإن كانا كاذبين كان حكمه صحيحاً فى الظاهر باطلاً فى الباطن، سواء كان فى عقد أو رفع عقد أو فسخ عقد أو كان مالاً. وبه قال شريح ومالك وأبو يوسف ومحمد والشافعى. . . وقال أبو حنيفه: إن حكم بعقد أو رفعه أو فسخه وقع حكمه صحيحاً فى الظاهر والباطن معاً. . . فمن ذلك: إذا ادعى أن هذه زوجتى فأنكرت فأقام شاهدين شهدا عنده بذلك، حكم بها له وحلّت له فى الباطن، فإن كان لها زوج بانت منه بذلك وحرمت عليه وحلّت للمحكوم له بها، وأما رفع العقد فالطلاق، إذا ادعت أن زوجها طلّقها ثلاثاً وأقامت به شاهدين فحكم بذلك بانت منه ظاهراً وباطناً، وأحلّت لكلّ أحد، وحلّ لكلّ واحد من الشاهدين أن يتزوج بها، وإن كانا يعلمان أنهما شهدا بالزور. . .

دليلنا قوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ. . . الى قوله: وَ اَلْمُحْصَنَاتُ مِنَ اَلنِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» (۱)، وأراد بالمحصنات زوجات الغير، فحرمهن علينا إلا بملك اليمين سبياً أو استرقاقاً. وأبو حنيفه أباحهن لنا بحكم باطل (۲).

ص:۱۲۱۲

۱- ۱) سوره النساء ۴: ۲۳ و۲۴.

۲- ۲) كتاب الخلاف: ۶/۲۵۵، المسأله ۸.

الثالث: ما روى بأسانيد عديده عن المعصوم عن النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم أنه قال: « إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلى، ولعلّ بعضكم ألحن بحجّته من بعض، وإنما أقضى على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه بشىء فلا يأخذ به، فإنما أقطع له قطعه من النار» (۱).

هذا كلّه مع العلم بصحه الشهاده أو العلم بعدم صحتها.

وأما مع الجهل بحالها كما لو شهد له شاهدان عدلان بحق لا يعلم به فإنه يستبيح ما حكم له، لأن شهاده العدلين طريق شرعى مالم يعلم بالفساد. نعم، لو شهد له به شاهدان لكن توقف ثبوت الحق بشهادتهما على يمينه كما إذا كان المشهود عليه بدين ميتاً لم يجز له الحلف اعتماداً على شهادتهما، بناء على اعتبار العلم فى اليمين عن حس، وعدم كفايه الحجه الشرعيه كالبينه فيها.

۱- ۱) انظر وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۳/۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

المسأله الثالثه: (إذا دعی من له أهلیه التحمل فهل یجب علیه؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا دعی من له أهلیه التحمل وجب علیه. وقیل: لا یجب، والأول مروی» (۱).

أقول: القول بالوجوب هو المشهور شهره عظیمه کما فی (الجواهر) (۲)، والقول بالعدم هو لابن إدریس (۳)، وفی الجواهر عن (الریاض) : إنه له خاصه (۴)، وقد استدلّ للوجوب بوجوه:

دلیل القول بالوجوب

الأوّل: إن تحمل الشهاده من الامور الضروریه التی لا ینفک الإنسان عنها، لوقوع الحاجه إلی المعاملات والمناکحات، فوجب فی الحکمه إیجاب ذلک لتحسم ماده النزاع المترتب علی ترکه غالباً، بل إنه محتاج إلیه فی العمل ببعض الأحکام الشرعیه کالطلاق، إذ لو لم یجب التحمل للزم غالباً تعطیل هذا الحکم أو وقوعه علی خلاف ما أوجبه الشارع. . .

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۷ ۱۳۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۸۰.

۳- ۳) السرائر ۲: ۱۲۶.

۴- ۴) ریاض المسائل ۱۵: ۳۸۲، جواهر الکلام ۴۱: ۱۸۰.

والثانی: ظاهر قوله تعالی: «وَ لاٰ یَأْبَ اَلشُّهَدٰاءُ إِذٰا مٰا دُعُوا» (1)فإنه مختص بحاله التحمل، لبعض النصوص المفسره کما سیأتی، وقد سمّاهم « شهداء» لما یؤولون إلیه من القیام بالشهاده.

والثالث: إنه من الأمر بالمعروف الواجب والنهی عن المنکر، فیجب. أمّا الاولی: فلاشتمال الشهاده علی منع غیر المستحق من التجرّی علی مالا یستحق، فیه إیصال الحق إلی مستحقه.

أقول: وفی هذا الإستدلال خفاء.

والرابع: النصوص، فإنه یدلّ علی هذا الحکم عدّه نصوص بعضها صحیح، ومن ذلک:

١ - صحیحه هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه علیه السلام (2).

٢ - صحیحه الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام (3).

دلیل القول بعدم الوجوب

وقال ابن ادریس: لا دلیل علی وجوب التحمل، واستدلّ بالآیه المذکوره «وَ لاٰ یَأْبَ. . .» علی وجوب الأداء، لظهور المشتق « الشهداء» فی الأداء، إذ لا یسمّی الشاهد شاهداً إلا بعد تحمل الشهاده، وأجاب عمّا ذکره القائلون بالوجوب بأنه مجاز لا یصار إلیه، بعد کون الأخبار آحاداً. وهذا نص کلامه:

« لا یجوز أن یمتنع الإنسان من الشهاده إذا دعی إلیها لیشهد إذا کان من

١- ١) سوره البقره ٢: ٢٨٢.

٢- ٢) وسائل الشیعه ٢٧: ٣٠٩/١. باب وجوب الإجابه عند الدعاء إلی تحمل الشهاده، الباب ١.

٣- ٣) وسائل الشیعه ٢٧: ٣١٠/٤. باب وجوب الإجابه عند الدعاء إلی تحمل الشهاده، الباب ١.

أهلها، إلا أن يكون حضوره مضرّاً بشيء من أمر الدين أو بأحد من المسلمين، وأما الأداء فإنه فى الجمله أيضاً من الفرائض لقوله تعالى: «وَ لاٰ تَكْتُمُوا اَلشَّهٰادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (۱)وقال: «وَ لاٰ يَأْبَ اَلشُّهَدٰاءُ إِذٰا مٰا دُعُوا» (۲). وقد يستشهد بعض أصحابنا بهذه الآيه الأخيره على وجوب التحمل وعلى وجوب الأداء، والذى يقوى فى نفسى أنه لا يجب التحمل، وللإنسان أن يمتنع من الشهاده إذا دعى إليها ليتحملها، إذ لا دليل على وجوب ذلك عليه، وما ورد فى ذلك فهو أخبار آحاد. فأما الاستشهاد بالآيه والاستدلال بها على وجوب التحمل، فهو ضعيف جداً، لأنه تعالى سماهم شهداء ونهاهم عن الإباء إذا دعوا إليها، وإنما يسمى شاهداً بعد تحملها، فالآيه بالأداء أشبه، وإلى هذا القول يذهب شيخنا أبو جعفر الطوسى فى مبسوطه (۳).

فإن قيل: سمّاهم شهداء لما يؤولون إليه من الشهاده كما يقولون لمن يريد الحج الحاجى وإن لم يحج، وكما قال تعالى «إِنَّكَ مَيِّتٌ» (۴)أى إنك ستموت. قلنا: هذا مجاز، والكلام فى الحقيقه غير الكلام فى المجاز، فلا يجوز العدول عن الحقيقه إلى المجاز من غير ضروره ولا دليل. . .» (۵).

وأجاب فى (الجواهر) بقوله: كأنه اجتهاد فى مقابله النص (۶)، وإن كان ربما

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۳.

۲- ۲) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۳- ۳) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۱۸۶.

۴- ۴) سوره الزمر ۳۹: ۳۰.

۵- ۵) السرائر ۲: ۱۲۵ ۱۲۶.

۶- ۶) أقول: حاصل كلام ابن ادريس عدم تماميه الاستدلال بالآيه للقول المشهور إلا بمعونه الأخبار، فتكون هى العمده فى المقام، لكن الاستدلال بها مبنى على القول بحجيه خبر الواحد، فعلى القول بالعدم كما هو مذهبه والمفروض كون أخبار المقام أحاداً لا يبقى دليل على وجوب التحمل، فيجرى الأصل. فالصحيح فى الجواب عما ذكره: إنكار كون أخبار المقام آحاداً، ومن هنا قال فى الرياض: والطعن فيه بكونه من الآحاد غير جيد حتى على أصله (رياض المسائل ۱۵: ۳۸۳) . وقد أشار بذلك إلى ما ذكره العلامه فى المختلف (مختلف الشيعه ۸: ۵۱۱) بقوله: « ونسبه ذلك إلى أنه من أخبار الآحاد مع دلاله القرآن عليه واستفاضه الأخبار به وفتوى متقدمى علمائنا به جهل منه وقله تأمل» فإن تم ذلك فهو وإلا كان البحث مع ابن ادريس على المبنى. فلاحظ.

يشهد له ما عن (تفسير العسكرى) عن أمير المؤمنين عليه السلام فى قول اللّه عزوجل «وَ لاٰ يَأْبَ. . .» (۱)إلى آخرها: من كان فى عنقه شهاده فلا يأب إذا دعى لإقامتها، وليقمها ولينصح فيها، ولا تأخذه فيها لومه لائم، وليأمر بالمعروف ولينه عن المنكر (۲).

لكن قال فيه أيضاً: وفى خبر آخر: إنها نزلت فيما إذا دعى لسماع الشهاده وأبى، واُنزلت فيمن امتنع عن أداء الشهاده إذا كانت عنده «وَ لاٰ تَكْتُمُوا اَلشَّهٰادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمْهٰا» (۳)إلى آخرها (۴).

أقول: وكيف كان، فإن الأقوى هو القول المشهور، والمعتمد فى الاستدلال هو النصوص.

القول بالكراهه

وقال صاحب (الجواهر) بعدم خلوّ القول بعدم وجوب التحمل وأنه

۱- ۱) سوره البقره ۴: ۲۸۲.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۴/۷ و۸. كتاب الشهادات، الباب ۲.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۴/۷ و۸. كتاب الشهادات، الباب ۲.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۱۸۱.

مستحب بل تركه مكروه، من قوه، وقد اشتمل كلامه على وجوهٍ لذلك:

الأوّل: إن الآيه على طولها مشتمله علي الآداب، بل ملاحظه ما قبلها وما بعدها وأنها على مساق واحد خصوصاً ما كان منها مثل اللفظ المذكور، نحو قوله تعالى «وَ لا يَأْبَ كاتِبٌ» (۱)فضلاً عن قوله تعالى «وَ لا تَسْئَمُوا» إلى آخرهايورث الظن القوى بكون ذلك منها أيضاً (۲).

قلت: مرجع هذا الوجه إلى وحده السياق، وهي وإن كانت تورث الظن القوى في بعض الموارد، ولكنها ليست كذلك مطلقاً، ففي مثل: « اغتسل للجمعه والجنابه» لا يمكن القول بوحده حكم الموضوعين اعتماداً على وحده السياق.

والثاني: إشعار لفظ « لا ينبغي» ونحوه (۳)في النصوص المزبوره، بل اتفاق معظمها على هذا اللفظ ونحوه، ظاهر في ذلك أيضاً.

قلت: أما أوّلاً: فإن لفظ ينبغي قد ورد في الأخبار بمعنى الوجوب والحرمه كما في طائفه من أخبار الخلل والشكوك.

وأما ثانياً: لو سلّمنا ظهور ينبغي في الإستحباب، فإن من أهم النصوص في المسأله صحيحه هشام بن سالم وليس فيها اللفظ المزبور فيكون الدليل، بل يكون حينئذ قرينه على عدم إراده الإستحباب من النصوص الاخرى المشتمله على لفظ « ينبغي» .

والثالث: ما ذكره بقوله: بل شده التوعّد على كتمانها وزياده المبالغه في تركه

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۱۸۱.

۳- ۳) لعل المراد من نحوه لفظ « لم يسع لك» في خبر محمد بن الفضيل في نسخته هو كما في الجواهر ۴۱/۱۸۰لكنه في الوسائل « لم ينبغ لك» .

على التحمل، فيه إشعار آخر أيضاً.

قلت: أى إشعار فى ذلك؟ غايه ما فى الباب أن يكون ترک الأداء من الكبائر ولا يكون ترک التحمل منها.

والرابع: قوله: بل قد يظهر من الصدوق المفروغيه من عدم الوجوب، حيث أنه بعد أن روى فى المحكى من فقيهه: « قيل للصادق عليه السلام: إن شريكاً يرد شهادتنا. فقال: لا تذلّوا أنفسكم» قال: ليس يريد بذلک النهى عن إقامتها، لأن إقامه الشهاده واجبه، إنما يعنى بها تحمّلها، يقول: لا تتحملوا الشهاده فتذلّوا أنفسكم بإقامتها عند من يردّها (۱). بل هو فتوى المصنف فى (النافع) قال: ويكره أن يشهد لمخالف إذا خشى أنه لو استدعاه إلى الحاكم يردّ شهادته (۲)(۳).

قلت: أما أولاً، فإن الخبر المزبور قاصر السند، بل إنّه ضعيف كما فى (الرياض) (۴).

وأما ثانياً: فإنه ظاهر فى الأداء، وقد حمله الصدوق والحلّى على التحمل دون الأداء. قال فى (الرياض) : وظاهرهما عدم الاستشكال فى جواز ترک التحمل، وهو مشكل جدّاً (۵).

وأما ثالثاً: يحتمل أن يريد الصدوق والحلى من ترک التحمل إخفاء نفسه عن المخالف لئلّا يشهده، لا ترکه عند الإشهاد. قاله فى (الرياض) (۶).

وأما رابعاً: لعلّ كلام الامام عليه السلام ونهيه عن الشهاده هذه هو من

۱- ۱) من لا يحضره الفقيه ۳: ۷۵/۳۳۶۶، وعنه وسائل الشيعه ۲۷: ۴۱۲/۱. کتاب الشهادات، الباب ۵۳.

۲- ۲) المختصر النافع: ۲۸۲.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۸۱ - ۱۸۲.

۴- ۴) رياض المسائل ۱۵: ۴۰۳.

۵- ۵) رياض المسائل ۱۵: ۴۰۳.

۶- ۶) رياض المسائل ۱۵: ۴۰۳.

جهه عدم أهليّه شريك للقضاء، فكأنه قال: إنه حيث يكون الجالس للقضاء غير صالح له، فلا يجب التحمل لأجل الشهاده عنده، ففي ذلك مذلّه للشيعه.

وأما خامساً: سلّمنا، لكنّ عدم وجوب التحمّل مخصوص بهذه الحاله، بأن يكون هذا الخبر بعد غضّ النظر عمّا في سنده مخصّصاً لما دلّ على وجوبه مطلقاً.

ومما ذكرنا في الوجوه التي ذكرها صاحب (الجواهر) لعدم الوجوب يظهر ما في قوله: « فالإنصاف عدم خلوّ القول بعدم وجوبه وأنه مستحب بل تركه مكروه من قوه. . .» .

ثم قال رحمه اللّه نعم، قد يحتمل أن يراد في الآيه بناء على إراده من تلبّس بالشهاده منها الإشاره إلى مضمون النصوص المستفيضه، وهو أن من دعى إلى تحمّل الشهاده فتحمّلها وجب عليه إقامتها، ومن تحمّلها بلا استدعاء لم يجب عليه إقامتها إلا في صوره خاصه، وهي إذا علم الظلم، وحينئذ فيكون المعنى: ولا ـ يأب الشهداء عن أداء الشهاده إذا دعوا إلى تحملها وإلا فلا يجب، فيتوافق حينئذ مضمون النصوص المزبوره مع الآيه.

قال: إلا أنه خلاف ما تقدم في النصوص الوارده في تفسيرها (۱).

هل وجوب التحمل كفائي أو عيني؟

قال المحقق قدّس سرّه « والوجوب على الكفايه، ولا يتعين إلا مع عدم غيره ممن يقوم بالتحمل» (۲).

ص:۱۲۲۰

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۸۲.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۸.

أقول: قد اختلف القائلون بوجوب التحمل على قولين. فالشيخ فى المبسوط والنهايه والإسكافى والمحقق والعلامه والشهيدان وغيرهم على الكفائيه (۱). والمفيد والحلبى والقاضى والديلمى وابن زهره وغيرهم على العينيه (۲). ونسب صاحبا (الرياض) و (الجواهر) القول الأوّل إلى كافه المتأخرين.

وقد استدلّ للأوّل فى (الجواهر) بالأصل، وبأولويه التحمل بالكفائيه من الأداء الذى ستعرف استفاضه الإجماع على كفائيته.

لكن ظاهر الآيه الكريمه والأخبار هو الثانى، كما اعترف به السيد صاحب (الرياض) الذى رجح القول الأوّل لإطباق المتأخرين عليه (۳)وبهذه الأدله ينقطع الأصل.

على أن الأصل فى الأوامر الشرعيه هو الإشتغال، إذ الأصل فى الواجبات هو النفسيه والعينيه والتعيينيه، اللهم إلا أن يكون العمل مما لا يقبل التكرار كدفن الميت.

وأما الأولويه، ففيها: أن الغرض من الأداء يحصل بشهاده اثنين، وأما التحمل فقد لا يحصل الغرض منه بذلك، لاحتمال النسيان والموت والغيبه وغير ذلك، ولذا وجب على كلّ من يدعى إلى الشهاده. . .

---

۱ - ۱) المبسوط فى فقه الإماميه ۸: ۱۸۶، النهايه: ۳۲۸، مختلف الشيعه ۸: ۵۰۸ و۵۱۱، عن ابن الجنيد، المختصر النافع: ۲۸۱، إيضاح الفوائد ۴: ۴۴۱، الدروس ۲: ۱۲۳، الروضه البهيه ۳: ۱۳۷، مسالک الأفهام ۱۴: ۲۶۶.

۲- ۲) المقنعه: ۸۲۸، الكافى فى الفقه: ۴۳۶، المهذّب ۲: ۵۶۰، المراسم: ۲۳۵، غنيه النزوع ۲: ۴۴۱.

۳- ۳) رياض المسائل ۱۵: ۳۸۵، جواهر الكلام ۴۱: ۱۸۲.

واستبعاد التزام الوجوب بدعوى المائه والمائتين إلى التحمل عليهم أجمع لا يقتضى القول بالكفائيه، لأن المفروض وجوبه على كلّ من دعى، ومن الواضح أن الإنسان يدعو الأربعه أشخاص أو السته مثلاً حتى إذا مات بعضهم أو نسى أو غاب، أمكن إقامه الشهاده باثنين منهم، ولا داعى إلى دعوه المأه والمأتين حتى يستبعد ذلك.

وأما التزام الندبيه فراراً من الاستبعاد المزبور كما فى (الجواهر) ، ففيه:

إن الاستبعاد لا ينتفى بناء على الندبيه، مع ما عرفت من عدم الوجه لهذا القول.

وأما تأييد القول بالاستحباب بأنه على القول بالوجوب يتجه التزامه على كلّ من دعى إليه، وإن لم يكن له أهليه التحمل لفسق مثلًا، لإطلاق الأدلّه، ولاحتمال الفائده بتحصيل الشياع وتجدد العداله له وغير ذلك.

فإنه يتم فيما إذا تم الإطلاق، بأن لم يكن المراد من (الشهداء) فى الآيه خصوص الشهداء الذين عناهم اللّه سبحانه فى المواضع الاخرى وهم العدول. . . ولعلّه من هنا قال المحقق وغيره: إذا دعى من له أهليه التحمل، لأن من ليس أهلًا له لا يدعى.

هذا كلّه فى التحمّل.

فى وجوب الأداء وكونه على الكفايه أو العينيه

قال المحقق قدّس سرّه: « أما الأداء فلا خلاف فى وجوبه على الكفائيه» (١).

ص:١٢٢٢

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١٣٨.

أقول: فی الفرع بحثان: الأوّل: فی وجوب الأداء. والثانی: فی أن وجوبه علی الکفائیه.

أما الأوّل: فقد ادعی علیه الإجماع فی کلمات جماعه، فهذا أحد الأدلّه.

والدلیل الثانی: قوله تعالی: «وَ لاٰ تَکْتُمُوا اَلشَّهٰادَهَ وَ مَنْ یَکْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (۱)فإن ظاهر الوعید علی الترک هو الوجوب، والمراد من هذه الشهاده کما دلّت علیه صحیحه هشام الآتیه أداؤها.

والدلیل الثالث: الأخبار، ومنها:

۱ - هشام بن سالم: « عن أبی عبد اللّه علیه السلام: فی قول اللّه عزّوجلّ «وَ مَنْ یَکْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» قال: بعد الشهاده» (۲).

۲ - جابر: « عن أبی جعفر علیه السلام قال: قال: رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم: من کتم شهاده أو شهد بها لیهدر بها دم امرئ مسلم أو لیزوی بها مال امرئ مسلم، أتی یوم القیامه ولوجهه ظلمه مدّ البصر، وفی وجهه کدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه، ومن شهد شهاده حق لیحیی بها حق امرئ مسلم أتی یوم القیامه ولوجهه نور مدّ البصر تعرفه الخلائق باسمه ونسبه. ثم قال أبو جعفر علیه السلام: ألا تری أن اللّه عزّوجلّ یقول «وَ أَقِیمُوا اَلشَّهٰادَهَ لِلّٰهِ» (۳)» (۴).

۳ - الحسین بن زید: عن الصادق عن آبائه عن النبی صلّی اللّه علیه وآله وسلّم فی حدیث المناهی: « إنه نهی عن کتمان الشهاده وقال: من کتمها أطعمه اللّه

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۰۹/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱.

۳- ۳) سوره الطلاق ۶۵: ۲.

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۱۲/۳. کتاب الشهادات، الباب ۲.

على رؤوس الخلائق، وهو قول اللّه عزّوجلّ «وَ لاٰ تَكْتُمُوا اَلشَّهٰادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (۱)» (۲).

۴ - عيون الأخبار عن أبى الحسن الكاظم عليه السلام فى حديث النص على الرضا عليه السلام إنه قال: « وإن سئلت عن الشهاده فأدها، فإن اللّه يقول: «إِنَّ اَللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَمٰانٰاتِ إِلىٰ أَهْلِهٰا» (۳)وقال: «وَ مَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَتَمَ شَهٰادَةً عِنْدَهُ مِنَ اَللّٰهِ» (۴)» (۵).

۵ - عقاب الأعمال عن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم قال فى حديث: « ومن رجع عن شهادته أو كتمها، أطعمه اللّه لحمه على رؤوس الخلائق ويدخل النار وهو يلوك لسانه» (۶).

۶ - تفسير الحسن العسكرى عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام بتفسير الآيه: « من كان فى عنقه شهاده فلا يأب إذا دعى لإقامتها وليقمها ولينصح فيها ولا تأخذه فيها لومه لائم وليأمر بالمعروف ولينه عن المنكر» (۷).

وأما الثانى: ففى عباره المحقق قدّس سرّه وغيره عدم الخلاف فى كفائيته قال: « فإن قام غيره سقط عنه، وإن امتنعوا لحقهم الذم والعقاب، ولو عدم الشهود

ص:۱۲۲۴

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۳/۴. كتاب الشهادات، الباب ۲.

۳- ۳) سوره النساء ۴: ۵۸.

۴- ۴) سوره البقره ۲: ۱۴.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۳/۵. كتاب الشهادات، الباب ۲.

۶- ۶) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۴/۶. كتاب الشهادات، الباب ۲.

۷- ۷) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۴/۷. كتاب الشهادات، الباب ۲.

إلا اثنان تعيّن عليهما» (۱). بل فی (الجواهر) : استفاض فی عباراتهم نقل الإجماع علی ذلک (۲).

أقول: تاره: یکون التکلیف قابلاً للتکرار، واُخری: غیر قابل له، کدفن المیت. أما الثانی، فلا احتمال فیه للوجوب العینی. وأما الأول، ففیه وجهان: العینیه: من جهه ظهور الأمر فیها کما أشرنا سابقاً، والکفائیه: من جهه ظهور کون الحکمه فی وجوب الأداء وحرمه الکتمان هی ضیاع الحق، وهذا الغرض یتحقق بشهاده البعض ولا یتوقف علی شهاده الجمیع، فلا ثمره لتکلیف الجمیع بها.

ومن هنا أمکن القول بأن النزاع لفظی، لأن ذاک یقول بالعینیه حیث تترتب ثمره علی القول بها، وهذا یقول بالکفائیه حیث لا ثمره لتوجیه الخطاب إلی الکلّ.

وقد ذکر صاحب (الجواهر) إن القائل بالعینیه یقول: بأنه یجب الأداء علی کلّ فرد فرد، ولا یسقط عنه الوجوب إلا مع التیقن بحصول الغرض بشهاده غیره من الشهود، والقائل بالکفائیه یقول: لا یجب الأداء إلّامع العلم بضیاع الحق، فالنزاع معنوی.

قلت: إن کان ما ذکره مستفاداً من الأخبار فهو، إذ یکون حینئذ حکماً تعبدیاً، وإلا فإن العقل لا یفرق فی لزوم الإحتیاط - لغرض حفظ الحق عن الضیاع - بین العینیه والکفائیه إلی أن یحصل الیقین بحصول الغرض، فلننظر فی الأخبار فی هذا المقام، فنقول:

إن مقتضی إطلاق الآیه الکریمه والأخبار وجوب الأداء علی کلّ من شهد،

ص:۱۲۲۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۸.
۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۸۴.

سواء أُشهد أو لا، لكن مقتضى بعض الأخبار هو عدم الوجوب إن لم يشهد:

١ – محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام: « إذا سمع الرجل الشهاده ولم یشهد علیها فهو بالخیار، إن شاء شهد وان شاء سکت» (١).

٢ – هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « إذا سمع الرجل الشهاده ولم یشهد علیها فهو بالخیار، إن شاء سکت. وقال: إذا أُشهد لم یکن له إلا أن یشهد» (٢). فقوله « إذا أُشهد. . .» تصریح بمفهوم صدر الخبر.

٣ – محمد بن مسلم: « سألت أبا جعفر عن الرجل یحضر حساب الرجلین فیطلبان منه الشهاده علی ما سمع منهما. قال: ذلک إلیه، إن شاء شهد وإن شاء لم یشهد، وإن شهد شهد بحق قد سمعه، وإن لم یشهد فلا شیء لأنهما لم یشهداه» (٣).

۴ – محمد بن مسلم عن أبی جعفر مثله (۴).

مقتضی هذه النصوص عدم الوجوب إذا لم یشهد، فلا یحرم الکتمان حینئذ، فهی مقیده لما تقدمت الإشاره إلیه. لکنها مطلقه من حیث العلم بضیاع الحق وعدمه، وفی بعض الأخبار ما یقیدها بما إذا لم یؤد عدم شهادته إلی ضیاع الحق، وإلا یجب حتی مع عدم الإستشهاد:

١ – محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام: « إذا سمع الرجل الشهاده ولم یشهد علیها فهو بالخیار إن شاء شهد وإن شاء سکت، إلا إذا علم من الظالم فیشهد

ص:١٢٢۶

١- ١) وسائل الشیعه ٢٧: ٣١٧/١. کتاب الشهادات، الباب ۵.

٢- ٢) وسائل الشیعه ٢٧: ٣١٨/٢. کتاب الشهادات، الباب ۵.

٣- ٣) وسائل الشیعه ٢٧: ٣١٨/۵. کتاب الشهادات، الباب ۵.

۴- ۴) وسائل الشیعه ٢٧: ٣١٩/۶. کتاب الشهادات، الباب ۵.

ولا يحلّ له إلا أن يشهد» (۱).

۲ – يونس فيما رواه مرسلاً عن الصادق: « إذا سمع الرجل. . . إلا إذا علم من الظالم فيشهد ولا يحلّ له أن لا يشهد» (۲).

۳ – مرسله الصدوق: « قال الصادق: العلم شهاده إذا كان صاحبه مظلوماً» (۳).

فتلخص: إن الشهاده واجبه فيما إذا دعى، بالوجوب العينى، فإن لم يدع فهو بالخيار، فلا وجوب لا عيناً ولا كفايه، إلا إذا علم من الظالم، بمعنى توقف شهادته على علمه بالظالم منهما لولا الشهاده.

خلافاً لصاحب (الجواهر) القائل بالكفائيه فى صوره الاستدعاء للتحمل، وعدم الوجوب أصلاً فى صوره عدم الاستدعاء إلا إذا علم الظالم. وكأن معتمده هو الإجماعات التى لم يعلم كاشفيتها عن رأى المعصوم، بل من المحتمل كونها مبنيه على كون الحكمه فى وجوب الأداء وحرمه الكتمان ضياع الحق، وهى متحققه بشهاده الاثنين.

ثم قال: رحمه اللّه يمكن أن يكون محلّ كلامهم فى المقام خصوص الشهاده فى صوره المخاصمه التى تقام عند الحاكم، وأما الشهادات فى غيرها كالشهاده بالاجتهاد والعداله ونحوها مما لا ترجع إلى مخاصمه عند الحاكم ولا يراد إثباتها عنده، فلا يبعد القول بوجوبها عيناً على كلّ من كانت عنده، ولا مدخليه لكيفيه التحمل فيها، لظهور الأدلّه السالمه عن المعارض بالنسبه إلى ذلك، بعد تنزيل

ص:۱۲۲۷

۱– ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۸/۴. كتاب الشهادات، الباب ۵.

۲– ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۲۰/۱۰. كتاب الشهادات، الباب ۵.

۳– ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۹/۹. كتاب الشهادات، الباب ۵.

الإجماعات المزبوره على غير هـذه الصوره التى لا غرض بمقدار مخصوص منها، بل ربما كان الغرض تعدد الشـهاده فيها لكونه أتم للمقصود، فتأمل جيداً (١).

قلت: القول بالوجوب عيناً فى كلّ شـىء وإن لم تكن مخاصـمه لا يمكن المساعده عليه، فإن كثيراً من الامور يعلمها الإنسان ولا دليل على وجوب أداء الشـهاده وإظهار العلم فيها. . . بل قد لا يجب عليه الأداء حتى مع الاستدعاء، والحاصل: إنه لا ضابط لهذه الامور، نعم، لاـ ريب فى الوجوب فى الاـمور المهمه التى يعلم بعـدم رضـا اللّه عزّوجـل بكتمان الشـهاده فيها، ولعلّ هـذا الـذى ذكرناه هو وجه التأمل الذى أمر به.

وحيث يتعيّن عليه وجوب الأداء، فإن عليه المبادره إليه وإن كان واحداً، حتى يتحقق الحق بشهادته مع يمين المدعى إن كان مما يثبت بـذلك، بـل يجب عليه وإن لم يكن ممـا يثبت بشاهـد ويمين إن كـان لشـهادته أثر، وفى (الجواهر) الوجوب وإن لم يعلم بترتب أثر عليها بل احتمل، كما إذا احتمل حصول العلم للحاكم بشهادته، أو احتمل تذكر المدعى عليه بشهادته للحق والواقع.

ولو نسـى المدعى الاستشـهاد منه، فإن كان الأداء واجباً عليه عيناً وجب عليه أن يذكر المشـهود له فيستدعى منه الأداء لئلّا تكون شهـادته تبرعيّه فإن علم بضـياع الحق لو لم يشـهد، وجب عليه وإن لم يـدع للإقامه، وإن كان وجوبه كفائياً وقـد تعين فكـذلك، وإلا فلا.

وفى (الريـاض) : ولو لم يكن الشـهود عـدولاً، فـإن أمكن ثبوت الحق بشـهادتهم ولو عنـد حـاكم الجور، وجب الإعلاـم أيضـاً، للعموم، وإلا فوجهان،

ص:١٢٢٨

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ١٨۶.

أجودهما: الوجوب لذلک مع إمکان حصول العداله بالتوبه (1).

قال فی (الجواهر) : کأن الأجود أیضاً وجوب الشهاده علیهم إذا دعوا إلیها ولو عند حاکم العدل (2).

جواز التخلّف إنْ کانت الشهاده مضرّه

قال المحقق: « ولا یجوز لهما التخلف إلا أن تکون الشهاده مضره بهما ضرراً غیر مستحق» (3).

أقول: إن وجوب الشهاده کسائر الواجبات التی ترتفع بترتب الضرر علیها، ویشترط فی الضرر الموجب لسقوط وجوب الشهاده أمران:

أحدهما: أن یکون الضرر ضرراً معتداً به، ولا فرق بین توجّهه علی الشاهد نفسه، أو علی المشهود علیه، أو علی المشهود له، أو علی غیرهم.

والثانی: أن یکون الضرر غیر مستحق، کما لو کان للمشهود علیه حق علی الشاهد یطالبه علیه علی تقدیر الشهاده ویمهله به أو یسامحه بدونها، فلا یعدّ ذلک عذراً، لأنه مستحق علیه مع فرض قدرته علی الوفاء به.

والدلیل علی سقوط الوجوب فیما إذا کانت الشهاده مضره، هو قاعده لا ضرر، الحاکمه علی الأدلّه الأولیه (4). وهذا الحکم لا خلاف فیه کما فی

1- 1) ریاض المسائل 15: 381.

2- 2) جواهر الکلام 41: 187.

3- 3) شرائع الإسلام 4: 138.

4- 4) فیه إشاره إلی ما جاء فی جامع المدارک من أن المقام من التزاحم فیلاحظ الأهم.

(الجواهر) (۱). وقد استدل له أيضاً بخبرين:

۱ - على بن سويد السائى عن أبى الحسن عليه السلام فى حديث: « كتب إلى أبى فى رسالته إلى: وسألت عن الشهادات لهم، فأقم الشهاده للّه ولو على نفسك أو الوالدين والأقربين فيما بينك وبينهم، فإن خفت على أخيك ضيماً فلا» (۲).

۲ - محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام: « سألته قلت له: رجل من مواليك عليه دين لرجل مخالف يريد أن يعسره ويحبسه، وقد علم اللّه أنه ليس عنده ولا يقدر عليه وليس لغريمه بينه، هل يجوز له أن يحلف له ليدفعه عن نفسه حتى ييسر اللّه له؟ وإن كان عليه الشهود من مواليك قد عرفوه أنه لا يقدر، هل يجوز أن يشهدوا عليه؟ قال: لا يجوز أن يشهدوا عليه ولا ينوى ظلمه» (۳).

هذا، وفى (المسالک) : واعلم أن إطلاق الأصحاب والأخبار يقتضى عدم الفرق فى التحمل والأداء بين كونه فى بلد الشاهد وغيره مما لا يحتاج إلى سفر، ولا بين السفر الطويل والقصير مع الإمكان، هذا من حيث السعى، أما الموؤنه المحتاج إليها فى السفر من الركوب وغيره، فلا يجب على الشاهد تحملها، بل إن قام بها المشهود له وإلا سقط الوجوب، فإن الوجوب فى الأمرين مشروط بعدم توجه ضرر على الشاهد غير مستحقق، وإلا سقط الوجوب (۴).

قال فى (الجواهر) : قلت: قد يقال إن السفر الطويل ونحوه من المشقه

ص:۱۲۳۰

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۸۸.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۱۵/۱. كتاب الشهادات، الباب ۳.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۳۹/۱. كتاب الشهادات، الباب ۱۹.

۴- ۴) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۶۸.

والعسر أيضاً. فتأمل جيداً (1).

قلت: الظاهر أنه حيث يجب عليه أداء الشهاده يجب عليه تحمل كلّ ما يمكن تحمله من مشقه السفر ومؤونته المحتاج إليها، إن كانت بالقدر المتعارف، إذ المفروض وجوب الشهاده عليه، فيجب عليه تحمل كلّ ما يتوقف عليه القيام بهذا الواجب مع الإمكان. واللّه العالم.

ص:1231

1- 1) جواهر الكلام 41: 188.

الطرف الرابع: الشهاده على الشهاده

اشاره

لاكلام ولا خلاف فى قبول الشهاده على الشهاده فى الجمله، بل الإجماع عليه فى جمله من الكتب، بل فى (الجواهر) : لعلّ المحكى منه على ذلك متواتر (١)، بل فى (المستند) دعوى الضروره (٢).

ويدلّ على القبول عدّه من النصوص التى ينجبر بما ذكر ما فيها من ضعف، ومنها:

١ - محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: « فى الشهاده على شهاده الرجل وهو بالحضره فى البلد. قال: نعم، ولو كان خلف ساريه يجوز ذلك، إذا كان لايمكنه أن يقيمها هو لعلّه تمنعه عن أن يحضره ويقيمها، فلا بأس بإقامه الشهاده على شهادته» (٣).

٢ - طلحه بن زيد عن الصادق عن أبيه عن على عليهم السلام: « إنه كان لا يجيز شهاده رجل على رجل إلا شهاده رجلين على شهاده رجل» (۴).

٣ - غياث بن إبراهيم عن الصادق عن أبيه عليهم السلام: « إن علياً كان لا

١- ١) جواهر الكلام ۴١: ١٨٩.

٢- ٢) مستند الشيعه ١٨: ٣٨۴.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ۴٠٢/١. كتاب الشهادات، الباب ۴۴.

۴- ۴) وسائل الشيعه ٢٧: ۴٠٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ۴۴.

يجيز شهاده رجل على شهاده رجل إلا شهاده رجلين على شهاده رجل» (۱).

ويدلّ على قبول هذه الشهاده عمومات قبول الشهاده كتاباً وسنه، لأنها شهاده لغه وعرفاً (۲).

وكيف كان، فإن أصل الحكم مفروغ عنه، وإنما الكلام والبحث فى جهات:

١ – فى محلّ قبول الشهاده على الشهاده

قال المحقق: « وهى مقبوله فى حقوق النـاس، عقوبه كانت كالقصاص أو غير عقوبه كالطلاق والنسب والعتق، أو مالاً كالقراض والقرض وعقود المعاوضات، أو مالا يطلع عليه الرجال غالباً كعيوب النساء والولاده والاستهلال» (۳).

أقول: الدليل على القبول فى كلّ ما ذكر هو: الإجماع وإطلاق النصوص والإعتبار. وأما قوله فى « حق الناس» فسيأتى الكلام عليه قريباً.

قال: « ولا تقبل فى الحدود، سواء كانت للّه محضاً كحدّ الزنا واللواط

ص:۱۲۳۶

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۳/۴. كتاب الشهادات، الباب ۴۴.

۲- ۲) وأما إشكال المستند (مستند الشيعه ۱۸: ۳۸۶) فى العمومات بقوله: « وأما الإستلال بعمومات قبول الشهاده كما وقع عن جمع من المتأخرين فغير جيـد، لأنه إنما يفيـد لو كان المراد إثبات نفس ما شـهد به الأصل، وأما إثبات ما شـهد هو به فلا، إذ لا ملازمه بين ثبوت شـهاده الأصـل وثبوت ما شـهد به، كما فى صوره إمكان الأصل، وفى الحـدود، وفى الفرعيه الثالثه» . ففيه: إن تلك الأدله لا تشمل شهاده الفرع بعنوان أنه فرع، لكنها شامله لها بما هى شهاده أصل بالنسبه إلى الشهاده لا المشهود به.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۸.

والسحق، أو مشتركه كحدّ السرقه والقذف على خلاف فيهما» (۱).

أقول: أما عدم القبول فى الحدود فللخبرين:

۱ - طلحه بن زيد عن أبى عبد اللّه عن أبيه عن على عليهم السلام: « إنه كان لا يجيز شهاده على شهاده فى حد» (۲).

۲ - غياث بن إبراهيم عن الصادق عن أبيه قال: قال على عليه السلام: « لا تجوز شهاده على شهاده فى حدّ» (۳).

وهل المستثنى خصوص الحدود التى هى للّه محضه كحدّ الزنا، أو الأعم منها ومن المشتركه بينه وبين الآدمى كحد السرقه؟ قولان: المشهور كما فى (الجواهر) وغيره هو الثانى، لعموم الخبرين المذكورين، وعليه المحقق وتبعه صاحب الجواهر (۴). والشيخ فى (المبسوط) وجماعه على الأول، تغليباً لحق الناس، واختاره الشهيد الثانى فى (المسالك) ، وقال: « لعدم دليل صالح للتخصيص، بعد ضعف الخبرين المزبورين» (۵).

قلت: ما الدليل على تخصيص قبول الشهاده على الشهاده ب « حق الناس» كما فى عباره المحقق، حتى « يكون حق الناس» مرجحاً للقول بالقبول فى الحدود المشتركه؟

إن الأدلّه العامّه تدل على القبول مطلقاً، والنصوص الخاصه بعد الجمع بين

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۸.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۴/۱. كتاب الشهادات، الباب ۴۵.

۳- ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۴/۲. كتاب الشهادات، الباب ۴۵.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۱۹۱.

۵- ۵) المبسوط فى فقه الإماميّه ۸: ۲۳۱، الوسيله: ۲۳۳، مسالك الأفهام ۱۴: ۲۷۰. وعنهم رياض المسائل ۱۵: ۴۰۵.

المطلق والمقيد منها تدل على القبول كذلك إلا فى « الحدود» ، وليس فى شىء منها عنوان « حق الناس» ونحوه، وحينئذ لا مرجح لهذه الجهه فى هذا القسم من الحدود، بل الملاك صدق عنوان « الحد» ، وهو إذ يصدق على المشترك يكون المشترك كالمحض من المستثنى، فلا تقبل الشهاده فيه.

وأما ما فى (المسالك) من عدم صلاحيه الخبرين لتخصيص النصوص الداله على القبول مطلقاً (۱)، فالجواب عنه ما ذكر فى (الجواهر) من انجبار الضعف بعمل المشهور (۲).

ومما ذكرنا من أن الملاك للاستثناء هو صدق عنوان « الحد» وأنه لا أثر لعنوان « حق الناس» فى أخبار المسأله، يظهر أن الأقرب قبول الشهاده على الشهاده فيما كان حقاً للّه غير الحد، كالزكاه والهلال ونحوهما، ولا مجال حينئذ للرجوع إلى الأصل.

وأما كلمات الأصحاب فى هذه المسأله فمختلفه جدّاً، ففى الوقت الذى يدّعى كاشف اللثام قطع الأصحاب فى عدم الجريان فى حقوق اللّه مطلقاً (۳)، وعن العلامه فى (التذكره) : لا يثبت الهلال بالشهاده على الشهاده عند علمائنا (۴)، يقول السبزوارى فى (الكفايه) : محلّ الشهاده على الشهاده ما عدا الحدود ولا أعلم خلافاً فى ذلك، ولا فرق بين الأموال والأنكحه والعقود والإيقاعات والفسوخ وغيرها، ولا فرق أيضاً بين أن يكون حق الآدميين أم حق اللّه تعالى كالزكاه

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۷۰.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۱۹۱.

۳- ۳) كشف اللثام ۱۰: ۳۵۹.

۴- ۴) تذكره الفقهاء ۶: ۱۳۵.

وأوقاف المساجد والجهات العامه والأهله وغيرها. . . (١).

وفی (الروضه) بشرح قول الشهید: « محلّها حقوق الناس کافه» قال: « بل ضابطه کلّ ما لم یکن عقوبه للّه تعالی مختصه به إجماعاً أو مشترکه علی الخلاف» (٢).

وقال فی (المسالک) : « واعلم أن إطلاق المصنف کون محلّها حقوق الآدمیین، قد یوهم خروج ما کان حقاً للّه تعالی ولیس حقاً لدمی وإن لم یکن حدّاً، وهذا لیس بمراد، بل الضابط ما ذکرناه من أن محلّها ما عدا الحدود أو ما عدا حدود اللّه تعالی، کما تقتضیه الأدله والفتاوی» (٣).

وعلی الجمله، فإن الشهاده علی الشهاده لا تقبل فی الحدود المحضه والمشترکه، للخبرین، وکذا فی التعزیرات، لاحتمال شمول « الحد» فی الخبرین للتعزیر، فإنه کاف لعدم ثبوت التعزیر فیما یوجبه، لاشتراکه مع الحدّ فی البناء علی التخفیف، فإن کان لموضوع الحدّ المشهود به بهذه الشهاده أحکام شرعیه کنشر الحرمه بأم المفعول به وأُخته وبنته، وحرمه بنت العمه والخاله بالزنا بهما، وکثبوت المهر للمزنی بها المکرهه، ترتب الحکم، کما هو صریح جماعه، إذ لا ـ منافاه بین انتفاء الحدّ بالمانع الشرعی فیبقی غیر الحدّ من الأحکام علی مقتضی عموم الأدله، وکون الجمیع معلول علّه واحده لا یقتضی انتفاء الأحکام کذلک، إذ یجوز الإنفکاک بین المعلولات والعلل الشرعیه، ولذا یثبت بها فی السرقه دون الحد.

١- ١) کفایه الأحکام ٢: ٧٧٨.

٢- ٢) الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه ٣: ١٤٩.

٣- ٣) مسالک الأفهام ١٤: ٢٧١.

۲ – فی أنه لا تقبل الشهاده علی الشهاده فصاعداً

قال: فی (الجواهر) : بلا خلاف أجده، بل حکی عن غیر واحد الإجماع علیه صریحاً. قال: وهو الحجه، مضافاً إلی الأصل بعد اختصاص ما دلّ علی قبول الشهاده علی الشهاده بالثانیه دون ما زاد، وخصوص الخبر المنجبر (۱).

أقول: أما الإجماعات فهی منقوله ومحتمله المدرک، فإن کان الدلیل عمومات الشهاده فإنها تعم الثالثه أیضاً، وإن کان الأخبار الخاصه کخبر محمد بن مسلم فلا تصریح فیها بکونها شهاده علی شهاده، والامام علیه السلام أجاب بقوله: « نعم» من غیر استفصال.

فالعمده فی الاستدلال هو خبر عمرو بن جمیع، فإنه یخصص العمومات ویقید المطلقات، ومعه لا یستدل بالأصل وضعفه منجبر بالإجماع، وهذا نصه: « عن أبی عبد اللّه عن أبیه قال: إشهد علی شهادتک من ینصحک. قالوا: کیف، یزید وینقص! ! قال: لا ولکن من یحفظها علیک، ولا تجوز شهاده علی شهاده علی شهاده» (۲).

وأما دعوی ظهور أخبار المسأله فی الشهاده علی الشهاده، فهی کما تری، کدعوی انصراف العمومات عن الثالثه.

ص:۱۲۴۰

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۱۹۲.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۴/۶. کتاب الشهادات، الباب ۴۴.

۳ – فی العدد المعتبر فی الشهاده علی الشهاده

قال المحقق قدّس سرّه: « ولابدّ أن يشـهد اثنان علی الواحد، لأن المراد إثبات شـهاده الأصل، وهو لا يتحقق بشهاده الواحد، فلو شهد علی کلّ واحد اثنان صح، وکذا لو شهد اثنان علی شهاده کلّ واحد من شاهدی الأصل» (۱).

أقول: والحاصل، إن المعتبر أن تثبت شـهاده کلّ واحـد من شاهـدی الأصل بشـهاده اثنين، سواء کان الشاهـدان علی شـهاده زيد منهما نفس الشاهدين علی شهاده عمر منهما أو کانا غيرهما، وسواء کان کلاهما شاهدی فرع أو کان أحدهما شاهد فرع والآخر شاهد أصل، إذ کونه شاهد أصل لا ينافی کونه مع ذلک شاهد فرع.

والدليل علی ذلک کلّه عموم الأدلّه.

« وکـذا لو شـهد اثنان علی جماعه کفی شـهاده الاثنين علی کلّ واحد منهم، وکذا لو کان شـهود الأصل شاهداً وامرأتين فشـهد علی شهادتهم اثنان، أو کان الأصل نساءاً فيما يقبل فيه شهادتهن منفردات کفی شهاده اثنين عليهن» (۲).

أقول: وکلّ ذلک لعموم الأدله المقتضيه لقبول شهاده العدلين، اتحد المشهود به أو تعدد، وکذا المشهود عليه.

وقـد تعرّض فی (الجواهر) لخلاف الشافعی فی هـذه المسأله فی أحـد قوليه وهو کما فی (الخلاف) : « إنه لا يثبت حتی يشـهد آخران علی شهاده الآخر، وهو

ص:۱۲۴۱

۱– ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۸.

۲– ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۸.

اختيار المزنی» (۱)وحینئذ یعتبر شهود أربعه علی الشاهدین، وعلی الرجل والمرأتین سته، وعلی الأربع نساء ثمانیه، وهکذا. قال فی (الجواهر) : وضعفه واضح، حتی علی ما قیل من أن مبنی الخلاف فی جواز کون الأصل فرعاً وعدمه، علی أن الإشهاد علی الشهاده هل هو لإثبات الشهاده أو لحکم النیابه عنها (۲)؟

أقول: قد عنون الشیخ فی (الخلاف) هذا الخلاف بقوله: « تثبت بالشهاده علی الشهاده شهاده الأصل، ولا یقومون مقام الأصل فی إثبات الحق، وللشافعی فیه قولان، أحدهما مثل ما قلناه، والآخر: إنهم یقومون مقام الأصل فی إثبات الحقوق.

دلیلنا: إن شاهد الفرع لو کان یقوم مقام الأصل فی إثبات الحق لما جازت الشهاده علی الشهاده، لأنه إن کان الحق إثبات فعل کالقتل والإتلاف، لم یثبت بشهاده الفرع، لأنه یحتاج إلی مشاهده والفرع ما شاهد الفعل، وإن کان الحق عقداً افتقر إلی سماع ومشاهده، والفرع ما سمع وما شاهد، فلما أجمعنا علی جواز الکلّ ثبت أن الفرع یثبت بشهاده الأصل بلا شبهه» (۳).

قال فی (الجواهر) : فعلی الأوّل الذی هو مذهب الأصحاب: یجوز أن یکون الأصل فرعاً لا ـ علی الثانی الذی احتمله فی (الدروس) أی بقوله: ولو قلنا یقومون مقام الأصل فی إثبات الحق اشترط مغایره الشهود، وهذا ضعفه الشیخ (۴)لأنه لا یصح أن یکون نائباً عن نفسه وغیره، لأن قیامه بنفسه یستدعی استغناءه عن

۱- ۱) کتاب الخلاف: ۶/۳۱۸، المسأله ۷۰.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۱۹۳.

۳- ۳) کتاب الخلاف: ۶/۳۱۹، المسأله ۷۱.

۴- ۴) الدروس الشرعیه ۲: ۱۴۱.

الغير، ونيابته تقتضى افتقاره فلا يجتمعان.

فأجاب رحمه اللّه عن قول الشافعى الذى احتمله فى (الدروس) حتى على القول الثانى فى مبنى الخلاف، بقوله: « إذ قد يقال بكفايه التغاير الاعتبارى عليه، نحو ما سمعته فى اتحاد الموجب والقابل، والأمر سهل بعد وضوح الحال عندنا» (١).

أقول: قد يقال: بأن حكم الحاكم بالقتل حيث يشهد شاهد أصل مع آخر على شهاده أصل آخر إن كان بشهاده الفرع، فالمفروض أن الشهاده هنا حاصله من شاهد فرع واحد مع أحد الأصلين لا من شاهدى فرع، وإن كان بشهاده الأصل وشهاده الفرع مثبته لها، فالمفروض أن أحد الأصلين قد ثبت شهادته بفرع واحد، وقد تقدم اعتبار شاهدين اثنين.

ثم قال فى (الجواهر) : لكن فى الرياض بعد أن ذكر الإطلاق دليلًا للأصحاب حاكياً له عن جمع قال: « وفى التمسك به لولا الإجماع نظر» فاعترضه بقوله: « ولا أعرف وجه النظر الذى أضمره فى نفسه، كما أنى لم أعرف أحداً سبقه إلى ذلك» (٢).

قلت: لا وجه له، اللهم إلا دعوى الإنصراف، ولا وجه لها.

قال: نعم فى القواعد الإشكال فى الإجتزاء باثنين فى شهود الزنا بالنسبه إلى ترتب نشر الحرمه والمهر لا الحدّ (٣): من أن المقصود حق الآدمى من المهر وغيره. ومن أنه تابع للزنا ونحوه، فلا يثبت إلا بثبوته، ولا يثبت إلا بأربعه، وأنه لابدّ فى الأصل من أربعه، وهو لا يكون أسوء حالاً من الفرع. أو من أن الفرع نائب عن

١- ١) جواهر الكلام ۴١: ١٩٣.

٢- ٢) رياض المسائل ١۵: ۴٠٧، جواهر الكلام ۴١: ١٩٣.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ۵٠۵.

الأصل فيشترط الأربعه أو لا يثبت به إلا شهاده الأصل، فيكفى الاثنان.

واعترضه بقوله: وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرنا، على أن الذى سمعته من العامه هو أحد قولى الشافعى، وإلا، فالذى يظهر من خبرى البزنطى وابن هلال عن الرضا عليه السلام اكتفاؤهم بالواحد على شهاده المائه.

قال فى الأول: « سمعت الرضا عليه السلام يقول: قال أبو حنيفه لأبى عبد اللّه: تجيزون شهاده واحد ويمين؟ قال: نعم، قضى به رسول اللّه وقضى على بين أظهركم بشاهد ويمين، فتعجب أبو حنيفه، فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: أتعجب من هذا؟ إنكم تقضون بشاهد واحد فى مائه شاهد، فقال له: لا نفعل. فقال: بلى تبعثون رجلًا واحداً يسأل عن مائه شاهد فيجيزون شهادتهم بقوله، وإنما هو رجل واحد» (۱).

وقال فى الثانى: « إن جعفر بن محمد قال له أبو حنيفه: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر: قضى به رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم وقضى به على عندكم. فضحك أبو حنيفه، فقال له جعفر: أنتم تقضون بشهاده واحد شهاده مائه، فقال: ما نفعل. فقال: بلى، يشهد مائه، فترسلون واحداً يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله» (۲).

قال: ومنه يعلم ما فى حمل الخبر الأوّل على التقيه (۳).

قلت: يعنى خبر غياث بن إبراهيم عن الصادق عن أبيه: « إن علياً قال: لا تقبل شهاده رجل على رجل حى وإن كان باليمن» . قال فى (الوسائل) : « حمله

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۹/۱۷. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۴.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۶۸/۱۳. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۱۴.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۱۹۳ ۱۹۴.

الشيخ على التقيه» وجوز حمله على عدم قبول شهاده رجل واحد على شاهد الأصل، بل لابدّ من شاهدين (1).

أقول: والوجه هو الحمل الثانى، لأن التقيه إن كانت من على عليه السلام فهو لم يكن فى تقيه، وإن كانت من الصادق أو غيره من الأئمه عليهم السلام، فإسناد المطلب إلى على عليه السلام كذب، والعياذ باللّه.

وهذا وجه إشكال الحمل على التقيه لا ما ذكره صاحب (الجواهر) .

۴ – فى مراتب التحمل

قال المحقق قدّس سرّه « وللتحمل مراتب، أتمها أن يقول شاهد الأصل: إشهد على شهادتى أننى أشهد على فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا. وهو الاسترعاء» (2).

أقول: إن الأصل فى ذكر هذه المراتب هو الشيخ فى (المبسوط) فإنه رحمه اللّه قال: « أما التحمل، وهو أن يصير شاهد الفرع متحملاً لشهاده شاهد الأصل، فإنه يصح بأحد أسباب ثلاثه:

أحدها: الإسترعاء، وهو أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ألف درهم، فاشهد على شهادتى، فهذا هو الإسترعاء.

الثانى: أن يسمع شاهد الفرع شاهد الأصل يشهد بالحق عند الحاكم، فإذا

۱– ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۳/۳. كتاب الشهادات، الباب ۴۴.

۲– ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۹.

سمعه يشهد به عند الحاكم صار متحملاً لشهادته.

الثالث: أن يشـهد الأصل بالحق ويعزيه إلى سبب وجوبه فيقول: أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ألف درهم، من ثمن ثوب أو عبد أو دار أو ضمان أو دين أو إتلاف ونحو هذا، فإذا عزاه إلى سبب وجوبه صار متحملاً للشهاده.

فأما إن لم يكن هناك استرعاء، ولا سـمعه يشـهد به عند الحاكم، ولا عزاه إلى سبب وجوبه، مثل أن سمعه يقول أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ألف درهم، فإنه لا يصـير بهـذا متحملاً للشـهاده على شـهادته، لأن قوله: أشـهد بـذلك ينقسم إلى الشـهاده بالحق، ويحتمل العلم به على وجه لا يشـهد به، وهو أن يسـمع الناس يقولون لفلان على فلان كـذا وكـذا وقف التحمل بهذا الاحتمال، فإذا استرعاه أو شهد به عند الحاكم أو عزاه إلى سبب وجوبه زال الإشكال (١).

أقول: قال في (الرياض) إنه لا يجوز للفرع التحمل إلا إذا عرف أن عند الأصل شـهاده جازمه بحق ثابت، بلا خلاف، لأنه المتبادر والمعنى الحقيقي للشـهاده على الشهاده (٢). . . والظاهر أن ما ذكره الشـيخ بيان لمصاديق لـذلك، وإلا فقد نص جماعه على أنه ليس للمراتب المـذكوره في النصوص أثر، نعم، جاءت المرتبه الاولى في خبر عمرو بن جميع عن أبي عبد اللّه عليه السلام حيث قال له: « أشـهد على شـهادتك من ينصحك. قال: أصلحك اللّه، كيف؟ يزيد وينقص؟ قال: لا، ولكن يحفظها عليك. . .» ومن هنا، فقد وقع الخلاف بينهم في قبول التحمل فيما عدا المرتبه الاولى.

ص:١٢۴۶

١- ١) المبسوط في فقه الإماميّه ٨: ٢٣١ - ٢٣٢.

٢- ٢) رياض المسائل ١۵: ۴١٠.

وأعرض جماعه عن ذكر المراتب، وجعلوا المدار على علم الفرع بالشهاده الجازمه للأصل. . كما سيأتى.

وكيف كان، فإن المرتبه الاولى التى هى أتم المراتب هى الإسترعاء.

والمقصود من ذلك التماس شاهد الأصل رعايه شهادته والشهاده بها، قال فى (الكفايه) : ولا أعرف خلافاً فى جواز الشهاده معه (۱)، بل فى (المسالك) وعن غيرها الاجماع عليه (۲).

ومثل ما ذكره المحقق من اللفظ أن يقول: « اشهدك على شهادتى. . . أو: إذا استشهدت على شهادتى فقد أذنت لك فى أن تشهد» ونحو ذلك. . .

هذا ما نسب إلى الأكثر.

قال فى (الجواهر) : وربما قيل: إن الإسترعاء هو أن يقول: أُشهدك عن شهادتى، والفرق بين « عن» و « على» أن قوله: اشهدك على شهادتى تحميل، وقوله: عن شهادتى إذن فى الأداء، فكأنه يقول: أدّها عنى، إذ لإذنه أثر فى ذلك، ألا تراه لو قال له بعد التحميل: لا تؤدّ عنى تلك الشهاده، امتنع عليه الأداء. ومن هنا يحكى عن بعضهم ترجيح « عن» على « على» بل ناقش فى « على» بأنها تقتضى كون الشهاده مشهوداً عليها، وإنما هى مشهود بها والمشهود عليه الشاهد، ولابدّ من التمييز بين المشهود به وله وعليه.

قال: لكن لا يخفى عليك ما فى هذه الكلمات التى هى فى الحقيقه من اللغو، وهى بالعامه أليق منها بالخاصه، ضروره كون المراد واضحاً، ونصوص المقام

ص:۱۲۴۷

۱- ۱) كفايه الأحكام ۲: ۷۷۸ - ۷۷۹.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۷۳، ایضاح الفوائد ۴: ۴۴۵.

مملوّه من لفظ « الشهاده على الشهاده» (۱). . .

قلت: والأولى هو التفصيل بين ما إذا قال: إشهد. . . فلفظ « عن» وما إذا قال: أشهدتک فلفظ « على» .

هذا، وقد ألحقوا بالتحمل بالاسترعاء ما إذا سمعه يسترعى شاهداً آخر.

وذكر المحقق المرتبه الثانيه بقوله:

« وأخفض منه أن يسمعه يشهد عند الحاكم، إذ لا ريب فى تصريحه هناك بالشهاده» (۲).

ففى هذه الصوره يجوز للفرع أن يتحمل الشهاده استرعاه الأصل أو لم يسترعه، لصدق كونها شهاده على شهاده، وانتفاء احتمال الوعد والتساهل، قال فى (الكفايه) : وهذا هو المشهور، ويظهر من كلام ابن الجنيد المخالفه فى ذلک (۳)، لأنه خص القبول بالاسترعاء، وهو كما فى (الجواهر) واضح الضعف، ضروره عدم اعتبار التحميل فى صحه التحمل، لإطلاق أدله المقام وغيرها (۴).

وذكر المحقق المرتبه الثالثه بقوله:

« ويليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد على فلان بن فلان، لفلان بن فلان بكذا، أو يذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أو عقار، إذ هى صوره جزم، وفيه تردد.

أما لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أشهد لفلان على فلان

ص:۱۲۴۸

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۱۹۵.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۹.

۳- ۳) كفايه الأحكام ۲: ۷۷۹.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۱۹۶.

بکذا، لم یصر متحمّلا، لاعتیاد التسامح بمثله.

وفی الفرق بین هذه وبین ذکر السبب إشکال، ففی صوره الإسترعاء یقول: أشهدنی فلان علی شهادته، وفی صوره سماعه عند الحاکم یقول: أشهد أن فلاناً شهد عند الحاکم بکذا، وفی صوره السماع لا عنده یقول: أشهد أن فلاناً شهد علی فلان لفلان بکذا بسبب کذا» (۱).

أقول: قد ذکر الشیخ ومن تبعه الصوره الثالثه، جازمین بالقبول فیها، لأن الاستناد إلی السبب یقطع احتمال الوعد والتساهل والتسامح (۲)، وتردد المحقق وتبعه العلامه بین القبول هنا لما ذکر وعدم القبول لما ذکره الشیخ وجهاً لما لو لم یذکر السبب فلا یقبل وهو اعتیاد التسامح بمثله (۳). ومن هنا فقد أشکل فی الفرق بین صورتی ذکر السبب وعدم ذکره، فإن کان المانع من التسامح هو العداله فی الشاهد، فالمفروض وجودها فی الصوره الأخیره أیضاً، فالواجب إما القبول فی کلتیهما أو الرد کذلک، لکن الأول بعید بل لم یقل به أحد، فیتعین الثانی.

قال فی (الریاض) : والتحقیق أن یقال: إن هذه المراتب خالیه عن النص، کما ذکره الحلی متردداً به فیها بعد أن نقلها عن المبسوط، فینبغی الرجوع إلی مقتضی الاصول، وهو ما قدّمناه من اعتبار علم الفرع بشهاده الأصل، من دون فرق بین الصور المتقدمه، حتی لو فرض عدمه فی صوره الاسترعاء وإن بعدباحتمال إراده الأصل منه المزاح ونحوه، لم یجز أداء الشهاده علی شهادته، ولو فرض حصوله فی الصوره الرابعه التی هی عندهم أدونها جاز بل وجب.

ص:۱۲۴۹

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۹.

۲- ۲) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۲۳۱، الدروس ۲: ۱۴۲، مسالک الأفهام ۱۴: ۲۷۴.

۳- ۳) قواعد الأحکام ۳: ۵۰۴.

وبالجمله: لابدّ من العلم بشهاده الأصل، فحيثما حصل تبع وحيث لا فلا.

وإلى هذا يشير كلام الفاضل المقداد فى الشرح حيث قال بعد أن نقل من الماتن التردد فى المرتبه الثالثه: والأجود أنه إن حصلت قرينه دالّه على عدم الجزم والتسامح، قبلت، وإن حصلت قرينه على خلافه كمزاح أو خصومه، لم تقبل (۱).

وأظهر منه كلام الأردبيلى فى (مجمع الفائده) ، فإنه قال بعد ذكر التردد ووجهه: إن الأقوى أنه إن تيقن عدم التسامح صار متحملاً وإلا فلا (۲)(۳).

وفى (الكفايه) فى المرتبه الثالثه: ولو فرض أن الفرع يجوز المساهله المذكوره على الأصل، لم يكن له أن يشهد عليه. وقال فى الرابعه: ولو فرض انتفاء الاحتمالين كان له الشهاده (۴).

قلت: إن الملاك هو يقين الفرع كما ذكروا، وذلك يحصل بسماعه الشهاده من الأصل مع الإراده الجدّيه منه، لأن لفظه « أشهد» موضوعه للشهاده وظاهره فيه، من دون حاجه إلى قرينه أو شىء آخر، وهذا الظاهر محكّم فى كلّ مورد، لا سيما فى كلمات العدول من الناس الذين يعلمون بترتب الآثار على كلماتهم، واستعمال اللفظ فى معناه الموضوع له الظاهر فيه لا يحتاج إلى قرينه كما فى كلمات بعضهم، والعقلاء العدول لا يتسامحون فى مثل هذه المواضع أصلاً، وكيف يتصور أن يتسامح عادل فيشهد بشىء لا عن إراده جدّيه مع علمه بترتب الآثار الشرعيه على الكلام الصادر منه؟

۱- ۱) التنقيح الرائع ۴: ۳۲۰.

۲- ۲) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۴۷۸.

۳- ۳) رياض المسائل ۱۵: ۴۱۲.

۴- ۴) كفايه الأحكام ۲: ۷۷۹.

وعلى هذا الأساس يؤخذ الإنسان بما أقرّ به، فإنه ليس من عادتهم المزاح والمسامحه فی مقام الإقرار.

فالميزان أن يصـدق على ما قاله الأصل وسـمعه الفرع عنوان « الشـهاده» عند العرف، فيكون الأصل شاهداً والسامع متحملاً لتلك الشهاده. . . والشهاده على الشهاده مقبوله فی كلّ مورد صدق فيه هذا العنوان عند أهل العرف.

فظهر أنه لا حاجه إلى أن يقول فی صوره الاسترعاء: « أشـهدنی فلان على شـهادته» وفی صوره سـماعه عنـد الحاكم « أشـهد أن فلانـاً. . .» وفی صوره السـماع لا عنـد الحاكم: « أشـهد أن فلاناً. . بسـبب كـذا. . .» وإن لم تكن عباره المحقق ظاهره فی وجوب الأداء عليه كذلك، لكن فی (المسالك) التصـريح بذلك حيث قال: « يجب على الفرع عند أداء الشـهاده أن يبين جهه التحمّل، لأن الغالب على الناس الجهل بطريق التحمل، فربما استند إلى سبب لا يجوز التحمّل به، فإذا ذكر السبب زال الريب، وللإختلاف فی المراتب كما عرفت، فربما أطلق الشهاده وكانت مستنده إلى وجه يجوز عنده لا عند الحاكم. . .» (١).

وفيه: مضافاً إلى عـدم الـدليل عليه بل مقتضـی إطلاق النصوص خلافه إنه إذا كان كـذلك، لزم على الشاهـد على وقوع البيع أو الطلاق مثلاً العلم بجميع أحكام البيع أو الطلاق والإدلاء بها لدى الشهاده، وهذا مما لا يقول به أحد.

۵ – فی أنه متی تقبل الشهاده على الشهاده؟

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا تقبل شهاده الفرع إلا عند تعذر حضور شاهد

ص:١٢٥١

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٢٧٧.

الأصل، ويتحقق العذر بالمرض وما ماثله، وبالغيبه ولا تقدير لها وضابطه: مراعاه المشقه على شاهد الأصل فی حضوره» (۱).

أقول: قال: الشيخ في (الخلاف) : « الظاهر من المذهب أنه لا يقبل شهاده الفرع مع تمكن حضور شاهد الأصل، وإنما يجوز ذلك مع تعذره، إما بالموت، أو بالمرض المانع من الحضور، أو الغيبه. وبه قال الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا فی حد الغيبه، فقال أبو حنيفه: ما يقصر فيه الصلاه وهو ثلاثه أيام. وقال أبو يوسف: هو ما لا يمكنه أن يحضر معه ويقيم الشهاده ويعود فيبيت فی منزله. وقال الشافعي: الإعتبار بالمشقه، فإن كان عليه مشقه في الحضور حكم بشهاده الفرع وإن لم تكن مشقه لم يحكم، والمشقه قريب مما قال أبو يوسف. وفی أصحابنا من قال يجوز أن يحكم بذلك مع الإمكان.

دليلنا على الأول: إنه إجماع، والثانی فيه خلاف، والدليل على جوازه: إن الأصل جواز قبول الشهاده على الشهاده، وتخصيصها بوقت دون وقت أو على وجه دون وجه، يحتاج إلى دليل. وأيضاً: روى أصحابنا أنه إذا اجتمع شاهد الأصل وشاهد الفرع واختلفا، فإنه تقبل شهاده أعدلهما، حتى أن فی أصحابنا من قال تقبل شهاده الفرع وتسقط شهاده الأصل، لأنه (۲)يصير الأصل مدعى عليه

ص:۱۲۵۲

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۹.

۲- ۲) لا يقال: بأنه فی هذه الصوره يكون الفرع مدّعياً والأصل مدعى عليه، ومقتضى القاعده توجه اليمين على الأصل لا تقدم الفرع. لأنه يقال: المدعى على الأصل ليس الفرع بل صاحب الحق، إذ يدعى على الأصل شهادته للقضيه، فإذا أنكر الأصل كان الفرع بينه لصاحب الحق، فيتقدم الفرع على الأصل.

والفرع بينه المدعى للشهاده على الأصل» (۱).

هذه عباره الشيخ فى (الخلاف) فههنا بحثان:

الأول: فى أنه هل تقبل شهاده الفرع مع حضور الأصل، أو لا تقبل إلا عنده تعذره؟ المشهور كما فى (المسالک) و (الکفایه) وغیرهما هو الثانی (۲)، بل فى عباره الشيخ إنه الظاهر من المذهب، ثم دعوى الإجماع عليه. والدليل عليه خبر محمد بن مسلم (۳)، وضعفه إن كان منجبر بما عرفت.

وقد نقل الشيخ الأوّل عن بعض أصحابنا ولم يذكر القائل، ولكن فى (الدروس) و (المسالک) : إن الشيخ قد مال إلى هذا القول (۴)، قال فى (المستند) : « لعلّه لنقله دليل عدم الاشتراط والسكوت عنه، وفى دلالته على الميل تأمل» . وفيه عن (الدروس) نسبته إلى الإسكافى، (قال) : وفيه نظر، كيف وصرح الاسكافى بالإشتراط (۵).

وفى (الکفایه) إنه المنقول عن على بن بابويه (۶)، وتنظر فى (المستند) فى النسبه - بعد نقلها عن الأردبيلى - بقوله: إنه أيضاً لم يذكر إلا قبول شهاده الثانی بعد إنكار الأول (۷).

والحاصل: إنه لم يظهر قائل بهذا القول من المتقدمين، نعم، عن (كشف

۱- ۱) کتاب الخلاف: ۶/۳۱۴، المسأله ۶۵.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۷۷، کفایه الأحکام ۲: ۷۷۹، المهذب البارع ۴: ۵۶۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۲/۱. کتاب الشهادات، الباب ۴۴.

۴- ۴) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۷۷، الدروس ۲: ۱۴۱.

۵- ۵) مستند الشیعه ۱۸: ۳۹۱.

۶- ۶) کفایه الأحکام ۲: ۷۷۹.

۷- ۷) مستند الشیعه ۱۸: ۳۹۲.

اللثام) : أن « الأقوى عدم الإشتراط، لضعف هذه الأدّله والأصل القبول» ثم نقل بعض ما ذكره الشيخ فى (الخلاف) عن بعض الأصحاب (۱).

وأجاب عنه فى (الجواهر) بقوله: وفيه: إنه يكفى فى قطع الأصل خبر محمد ابن مسلم المتقدم المنجبر بالإجماع المحكى المعتضد بالشهره العظيمه، أو الاجماع المحصل. وبما قيل: من أن الفرع أضعف ولا جهه للعدول إليه عن الأقوى إذا أمكن، ومن الافتقار إلى البحث عن الأصل والفرع جميعاً، وهو زياده مؤنه. وإن كانا هما كما ترى (۲).

أقول: وجه الإشكال فى هذين الدليلين: إنه لا شبهه فى أن أماريّه الأصل أقوى، ولكن الأقوائيه وإن كانت مرجحه عند التعارض لا توجب سقوط الطرف الآخر عن الحجيه حيث لا معارضه، وأما المؤنه الزائده فللقائل بقبول الفرع مع وجود الأصل الإلتزام بها.

قال: وبما سمعته من الأدله على وجوب الإقامه على شاهد الأصل (۳).

أقول: وفيه: إنه إن كان تحمله لاعن دعوه فهو بالخيار، وإن كان عن دعوه، فإن المفروض تحقق الغرض بشهاده الفرع.

فظهر أن العمده فى الجواب عمّا ذكره كاشف اللثام هو الخبر، بناءاً على جبر عمل المشهور لضعفه، مضافاً إلى أن المرتكز فى أذهان العقلاء وعليه سيرتهم هو تقديم الأصل على الفرع فى هذه الصوره، لأن موضوع الاصول والأمارات هو « الشك» لكن ليس كلّ شك موضوعاً عندهم لإجراء الأصل والرجوع إلى

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۳۶۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۰.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۲۰۰.

الأمـاره، فمن الشـک مـا يرتفع بأقل التفات ومراجعه، وفی مثله حيث يمکنهم الوصول إلی الواقع بسـهوله لا يرجعون إلی الأماره والأصل.

وعلی هـذا الأسـاس، ليس من المرتکز فی أذهانهم الرجوع إلی الفرع مع التمکن من الأصل. . . ومن هنا يمکن دعوی انصـراف أدله حجيه الشهاده علی الشهاده عن هکذا مورد، ولا أقل من الشک فی شمولها له.

فتخلص: أن الأقوی هو القول المشهور.

هذا کلّه بالنسبه إلی البحث الأول.

وأما البحث الثانی، ففی ضابط العـذر. وضابطه کما ذکر المحقق وغيره بل ادعی عليه الإجماع هو مراعاه المشـقه. . . لخبر محمد بن مسلم المذکور سابقاً، خلافاً للعامه الذين اختلفوا علی أقوال ذکرها الشيخ.

۶ – فی أحکام تتعلق بالأصل والفرع، وهی فی فروع:

الفرع الأوّل: لو شـهد شاهـد الفرع فأنکر الأصل، فالمروی هو العمل بشـهاده أعـدلهما، فإن تساويا اُطرح الفرع. وهذه نصوص ما روی فی هذا الفرع عن الوسائل:

۱ – الصدوق. . . عن عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه عن أبی عبد اللّه عليه السـلام: « فی رجل شـهد علی شـهاده رجل، فجاء رجل فقال: إنی لم أشهده (۱).

ص:۱۲۵۵

---

۱ – ۱) الظـاهر أنه من الإفعـال، وهکـذا قرأته فی محضـر السـيد الاسـتاذ دام ظله ثم رأينا المجلسـی قـدس سره يقول: « قوله: لم أشـهده. أی أعلم أنه کـاذب فی ما ينسب إلیّ، أو لا أعلم الآن حقيقه ما يقول. ويمکن أن يقرأ من باب الإفعال، ولعلّه أظهر کما فهمه القوم» فيکون الخبر وارداً فی خصوص صوره الاسترعـاء، لکن الأصـحاب فرضوا البحث فی الصور الثلاث جميعاً وإن کان عباره بعضهم کعلی بن بابويه علی طبق النص ولعلّه لعدم القول بالفصل أو للقطع بالمناط. لکن السيد الاستاذ رجح الوجه الأوّل، وأن مرجع الضمير هو « ما ينسب إليه» مثلاً، لکون هذا الوجه هو المناسب لبحث الفقهاء.

قال: تجوز شهاده أعدلهما، وإن كانت عدالتهما واحده لم تجز شهادته» (۱).

۲ – الشيخ. . . عن عبد الرحمن قال: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل شهد شهاده على شهاده آخر فقال: لم أشهده. فقال: تجوز شهاده أعدلهما» (۲).

۳ – الشيخ. . . عن ابن سنان عن أبی عبد اللّه عليه السلام: « فی رجل شهد على شهاده رجل، فجاء الرجل فقال: لم أُشهده. قال فقال: تجوز شهاده أعدلهما ولو كان أعدلهما واحداً لم تجز شهادته» (۳)قال صاحب (الوسائل) : « ورواه الكلينی عن علی بن إبراهيم، إلا أنه قال: لم تجز شهادته عداله فيهما» (۴).

لكن المشهور أن الشرط فی قبول شهاده الفرع هو تعذر الأصل، عملاً بخبر محمد بن مسلم كما عرفت ذلك فی الجهه السابقه، ومن هنا أشكل عليهم أمر النسبه بين ذاك الخبر وخبری عبد الرحمن وابن سنان المذكورين، قال المحقق:

« ولو شهد شاهد الفرع فأنكر شاهد الأصل فالمروی العمل بشهاده أعدلهما، فإن تساويا أطرح الفرع. وهو يشكل بما أن الشرط فی قبول الفرع عدم

۱– ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۵/۱. كتاب الشهادات، الباب ۴۶.

۲– ۲) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۵/۲. كتاب الشهادات، الباب ۴۶.

۳– ۳) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۵/۳. كتاب الشهادات، الباب ۴۶.

۴– ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۴۰۵، ذيل ح۳.

الأصل» (۱).

واختلفت کلماتهم فی هذا المقام:

فمنهم: من عمل بالخبرین فی هذه الصوره، وأفتی بمضمونهما، کالصدوقین والشیخ فی (النهایه) والقاضی ابن البراج. قال الشیخ: « من شهد علی شهاده آخر وأنکر ذلک الشاهد الأول قبلت شهاده أعدلهما، فإن کانت عدالتهما سواء طرحت شهاده الشاهد الثانی» (۲). وقال علی بن بابویه فی رسالته کما فی (المختلف) : وإذا حضرا فشهد أحدهما علی شهاده الآخر وأنکر صاحبه أن یکون أشهده علی شهادته، فإنه یقبل قول أعدلهما، فإن استویا فی العداله بطلت الشهاده. قال العلامه: « وکذا قال ابنه الصدوق فی المقنع» (۳).

ومنهم: من طرح الخبرین ولم یعمل بهما، لترجیح خبر محمد بن مسلم علیهما، قال فی (الریاض) : لأن ظاهرهما متروک من حیث اشتمالهما علی شهاده الرجل الواحد علی الواحد، وهو مخالف للإجماع فتوی ونصاً کما مضی. وهذا مذهب الشیخ فی المبسوط والحلی وابن زهره والفاضلین وغیرهم، وبالجمله، أکثر المتأخرین بل المشهور مطلقاً کما فی المسالک وغیره، وزاد الأول فنسبه کالشهید فی النکت إلی عامّه المتأخرین، معربین عن دعوی إجماعهم علیه، ولعلّه أقرب، للشهره المرجحه للأدلّه المتقدمه علی هذه الروایه، سیما مع ما هی علیه من الکثره والاعتضاد من أصلها بالشهره، بل الاجماع کما عرفته» (۴).

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۹.

۲- ۲) النهایه: ۳۲۹، المهذب ۲: ۵۶۱.

۳- ۳) مختلف الشیعه ۸: ۵۱۱، المقنع: ۳۹۹.

۴- ۴) ریاض المسائل ۱۵: ۴۱۶، المبسوط ۸: ۲۳۳، السرائر ۲: ۱۲۷، قواعد الأحکام ۳: ۵۰۶، إیضاح الفوائد ۴: ۴۵۰، مسالک الأفهام ۱۴: ۲۷۹، غنیه النزوع ۲: ۴۴۲، غایه المراد ۴: ۱۶۴ ۱۶۵.

قال فی (الجواهر) : وعن ابن إدریس زیاده الإشکال السابق: أوّلًا: بأن الفرع إنما یثبت شهاده الأصل، فإذا کذبه الأصل حصل الشک فی المشهود به، فکیف یحکم علی وفقه. وثانیاً: بأنه إذا کذبه صار فاسقاً عنده، فما الفائده فی إثبات شهادته، بل یثبت کذب أحدهما، وأیهما کذب بطلت الشهاده. وثالثاً: بأن الشاهد إذا رجع قبل الحکم لم یحکم. ورابعاً: بأن الأصل لا حکم ولا شهاده ولا بقاء الأموال عند أربابها، وهذا حکم شرعی یحتاج فی إثباته إلی دلیل (۱).

قلت: وفیه: إنه لا وجه لطرح الخبرین بعد ما سیأتی من الوجه الوجیه فی الجمع بینهما وبین خبر محمد بن مسلم. وأما اشکالات ابن إدریس، فبعضها کالاجتهاد فی مقابله النص، وبعضها غیر وارد کما ذکر فی (الجواهر) أیضاً (۲).

ومنهم: من جمع بین الخبرین وخبر محمد بن مسلم ببعض الوجوه:

فمنها: بحمل الخبرین علی قول الأصل: لا أعلم، قال المحقق: « وربما أمکن لو قال الأصل: لا أعلم» (۳).

وقال العلامه فی (القواعد) : « وهو محمول علی قول الأصل: لا أعلم، أما لو جزم بکذب شاهد الفرع فإنها تطرح» (۴). وفی (التحریر) بعد عبارتی الشیخ وابن بابویه المتقدمتین: وکلاهما لیس بجیّد، بل الأولی طرح شهاده الفرع، لأن الأصل إن صدق کذب الفرع وإلا کذب الأصل. وعلی کلا التقدیرین تبطل شهاده الفرع،

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰۳.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰۴.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۹.

۴- ۴) قواعد الأحکام ۳: ۵۰۶.

وتحمل الروايه التی أفتی بها الشیخ علی مالو قال الأصل: لا أعلم (۱).

لکن فی (المسالک) : واعترضه السید عمید الدین: إنه لا یمکن حینئذ العمل بقول الأعدل إذا کان الأصل، لأنه غیر شاهد.

وأورد علیه الشهید أیضاً: بأن ذلک غیر منطوق الروایه، لتضمنها قوله: لم أُشهده (۲).

وأورد علیه فی (الجواهر) أیضاً بقوله: لکنه کما تری، إذ هو مع منافاته للمشهور بین الأصحاب من عدم قبول شهاده الفرع مع حضور شاهد الأصل الذی هو أعم من إقامتها أو ترکها لعدم العلم بها، لا شاهد له (۳). . .

ومنها: بحمل الخبرین علی ما إذا أنکر بعد الحکم، والخبر السابق علی ما إذا أنکر قبله، قال ابن حمزه: إذا شهد الفرع ثم حضر الأصل لم یخل من وجهین: إما حکم الحاکم بشهاده الفرع أولم یحکم، فإن حکم وصدقه الأصل وکان عدلاً، نفذ حکمه، وإن کذبه وتساویا فی العداله نقض الحکم، وإن تفاوتا أخذ بقول أعدلهما، وإن لم یحکم بقوله سمع من الأصل وحکم به (۴). وقال العلامه فی (المختلف) بعد خبر ابن سنان: والجواب الحمل علی ما إذا أنکر بعد الحکم، فإنه لا بُعد فی الحکم حینئذ بشهاده أعدلهما اعتباراً بقوه الظن، أما قبل الحکم فإن شهاده الفرع تبطل قطعاً (۵).

۱- ۱) تحریر الأحکام ۵: ۲۸۳.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۸۰.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰۲.

۴- ۴) الوسیله: ۲۳۳ - ۲۳۴.

۵- ۵) مختلف الشیعه ۸: ۵۱۳.

قال فی (الجواهر) : لکن فیه: إنه لا شاهد لهذا الجمع، بل ظاهر ما تسمعه من المصنف وغیره تقیید جمیع الأدله المزبوره بعکس ذلک، معربین عن عدم الخلاف فی عدم الالتفات إلی الإنکار بعد الحکم معلّلین بنفوذه، فیستصحب، بل نسبه الأردبیلی إلی الأصحاب، مؤذناً بدعوی الإجماع علیه، فلا إشکال حینئذ فی فساده (١).

هذا، ولا یرد علی الاستصحاب المذکور ما قیل من أنه کیف یجری الاستصحاب مع وجود الدلیل الاجتهادی (٢). لوضوح أن تقدم الدلیل الإجتهادی علی الأصل یکون فی صوره عدم وجود المعارض له.

ومنها: بأن الخبرین واردان فی مورد إنکار الأصل، وخبر محمد بن مسلم یفید اشتراط قبول شهاده الفرع بعدم شهاده الأصل. قال فی (المسالک) عن الشهید إنه « وجّهها - أی روایه ابن سنان - بأنه لا یلزم من أنه یشترط فی إحضار شاهد الفرع تعذر الأصل أن یکون ذلک فی السماع. سلّمنا، لکن المراد: إذا کان الأصل والفرع متفقین، فإنه حینئذ لا یحتاج إلی شهاده الفرع، للاستغناء بالأصل وزیاده الکلفه بالبحث عن الجرح والتعدیل، أما مع التناکر فیمتنع تناول العباره له، وبالجمله: فهم لم یصرحوا بأن ذلک مناف لشهاده الفرع، بل ظاهر کلامهم أن سماع شهاده الفرع مشروط بتعذر شاهد الأصل إذا کان یشهد، والمنکر لم یشهد» (٣).

أقول: وکلا الوجهین فی کلامه خلاف الظاهر.

أما الأوّل: فن ظاهر الشهاده أن یشهد الشاهد لأن تقبل شهادته ویرتب

ص:١٢۶٠

١- ١) جواهر الکلام ۴١: ٢٠٢.

٢- ٢) جامع المدارک ۶: ١۵۵.

٣- ٣) مسالک الأفهام ١۴: ٢٨٠ - ٢٨١.

الأثر عليها، وهو ظاهر قوله عليه السلام فی خبر ابن مسلم « لا بأس به» .

وأما الثانی: فنه إذا كانا متفقين فلا حاجه إلى شهاده الفرع، لا أنه يتقدم شهاده الأصل على شهادته.

ومنهـا: الجمع بين الطرفين: بـأن الخبرين ظـاهران فی حضور الأصل بعـد الشـهاده من الفرع، وظاهر خبر ابن مسـلم حضوره قبلها. وهذا الجمع هو الأولى، لابتنائه على ظواهر هذه الأخبار، والموجب لبقاء جميعها على الإعتبار، فإن خبر محمد بن مسـلم قد عمل به المشـهور، والخبران جامعـان لشـرائط الحجيه، وقـد عمـل بهمـا الأصـحاب بـالجمله كمـا فی (الجواهر) . . . ولازم القبول بعد الشهاده وقوع التعارض، فيؤخذ بقول الأعدل منهما. . . ووقوع المعارضه بين شهاده الواحد وشهاده الاثنين تعبد.

ثم قال فی (الجواهر) : إنه بناء على العمل بالخبرين المزبورين، يمكن دعوى الاسـتفاده من فحواهما جريان الترجيـح بذلك فی التعارض بين شهود الفرع أيضاً، بمعنى أن كلّاً من شهود فرع عن أصل قد شهد بعكس الآخر عن الأصل، وحينئذ فيقدم الأعدل، ومع التساوی يطرح، لعدم ثبوت شهاده الأصل نحو ما سمعته فی السابق، ضروره أولويه صوره تعارض الفروع من تعارض الأصل والفرع بذلك (۱).

قلت: إن الخبرين واردان على خلاف القاعـده، فلا مجال للأولويه، وعلى هـذا، فلا مانع من ترجيـح الأكثر عـدداً إن كان المعنى فی تعارض البينات ذلك. هذا أوّلاً.

ص:۱۲۶۱

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۲۰۵.

وثانياً: إن الحكم الوارد فى التعارض بين المنكر والمثبت، لا وجه لإسرائه إلى صوره التعارض بين المثبتين.

وهل يشترط فى الترجيح بالأعدليه كون كليهما أعدل أو يكفى للترجيح وجود الواحد الأعدل فى أحد الطرفين؟ فيه تردد، لكن الأوّل هو القدر المتيقن، فيكون الأصل فى غيره عدم الترجيح.

الفرع الثانى: قال المحقق قدّس سرّه: «ولو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يقدح فى الحكم، وافقا أو خالفا، وإن كان قبله، سقط اعتبار الفرع وبقى الحكم لشاهد الأصل» (۱).

أقول: فى هذا الفرع صورتان:

احداهما: أن يشهد الفرعان ثم يحضر شاهد بعد الحكم. قال المحقق فى هذه الصوره: لم يقدح فى الحكم، وافقا أو خالفا. واستدل له فى (الجواهر) بأصاله الصحه واستصحابها وغيرهما (۲).

قلت: إن كان المراد من أصاله الصحه هو الأصل الذى يجرى فى أفعال الآخرين، فلا مجرى له هنا. نعم، إذا شك فى الحكم فى أنه هل صدر مع غيبه الأصل أو حضوره، حمل على الصحه، ولكن المفروض العلم بالغيبه حين الحكم.

وأما الرجوع إلى الإستصحاب ففيه: إنه إذا كان قد أخذ تعذر حضور الأصل شرطاً متأخراً فى قبول شهاده الفرع، وقع الشك فى صحه الحكم، فلا يقين بالصحه حتى يستصحب.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۳۹.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۰۶.

فالأولى أن يقال: بأن النصوص بعد الجمع بينها كما عرفت دلّت على تقدّم قول الأصل لو حضر قبل الحكم، وأما بالنسبه إلى بعد الحكم فهى ساكته، فيكون المرجع أدلّه نفوذ حكم الحاكم.

الفرع الثالث: لو شكّ الحاكم فى حضور الأصل وعدمه، لم يسمع شهاده الفرع، لأن العلم بعدم حضوره شرط فى صحه شهاده الفرع.

الفرع الرابع: لو حكم بانياً على تعذر حضور الأصل ثم ظهر كونه حاضراً أو إمكان حضوره، نقض الحكم، كسائر موارد الخطأ والإشتباه، كما لو حكم اعتماداً على شهاده رجلين معتقداً عدالتهما ثم ظهر كونهما فاسقين عند الشهاده.

الفرع الخامس: قال المحقق: « ولو تغيرت حال الأصل بفسق أو كفر، لم يحكم بالفرع، لأن الحكم مستند إلى شهاده الأصل» (١).

أقول: لو تغيّرت حال الأصل، فإن كان بجنون مثلاً لم يقدح، وإن كان بفسق لم يحكم بالفرع، هكذا قالوا، وقد وجّهوا هذا التفصيل بوجهين:

أحدهما: إن الفسق قادح، وفى هذه الحاله يصدق وقوع الحكم بشهاده الفاسق، لأن الفرع إنما يؤدّى شهاده الأصل، والحكم مستند إلى شهاده الأصل دون الفرع.

لكن هذا القدر لا يكفى فارقاً بين الموردين.

والثانى: إن الفسق يورث الريبه فى عدالته حين الشهاده.

وفيه: إن اللازم هو العداله حين الأداء، فإذا أدى الأصل الشهاده عند الحاكم وهو عادل، فسمع الفرع شهادته وشهد بها فيما بعد، فقد شهد بالشهاده التى

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١۴٠.

أدّاها الأصل فی حال العداله، فأی قدح لفسقه الطارئ بعد ذلک؟

فظهر أن کلا الوجهین لا یصلحان للفرق.

وتفصیل المطلب أنه: إن ظهر بطلان شهاده الأصل عند أداء الفرع، فلا ریب فی بطلان شهاده الفرع، بل یمکن دعوی الإجماع علیه، إذ لیس الإسکافی وجامع المقاصد مخالفین فی ذلک، فإنهما یقولان بعدم بطلان الحکم لو رجع الأصل عن شهادته بعد الحکم، وذاک بحث آخر.

وإن شهد الشاهد مع العداله ثم طرأ الفسق قبل الحکم، فهل یوجب بطلان شهادته؟ فیه قولان کما سیأتی، وقد أرسل الشیخ فی (الخلاف) القبول إرسال المسلم حیث قال: إذا شهد عدلان عند الحاکم بحق ثم فسقا قبل أن یحکم بشهادتهما حکم بشهادتهما ولم یرده، وبه قال أبو ثور والمزنی، وقال باقی الفقهاء: لا یحکم بشهادتهما.

دلیلنا: إن الاعتبار بالعداله حین الشهاده لا حین الحکم، فإذا کانا عدلین حین الشهاده وجب الحکم بشهادتهما، وأیضاً إذا شهدا وهما عدلان وجب الحکم بشهادتهما، فمن قال إذا فسقا بطل هذا الوجوب فعلیه الدلاله (۱).

وقال العلامه فی (المختلف) بعد نقله عباره الشیخ: والأقرب عندی عدم الحکم. لنا: إنهما فاسقان حال الحکم فلا یجوز الحکم بشهادتهما، کما لو رجعا، وکما لو کانا وارثین ومات المشهود له قبل الحکم، ولأن تطرق الفسق یضعف ظن العداله السابقه الخفیه، فکان الإحتیاط ترک الشهاده.

واستدلال الشیخ مصادره، لأنه ادعی أن الاعتبار بالعداله حین الشهاده

۱- ۱) کتاب الخلاف ۶: ۳۲۰، المسأله ۷۳.

لاحين الحكم وهو عين المتنازع. وقوله: إذا شهدا وهما عدلان وجب الحكم بشهادتهما، ليس على إطلاقه فإنه المتنازع، بل إذا استمرّت العداله إلى وقت الحكم. أما إذا خرج عن هذا الوصف فإنه المتنازع (۱).

قلت: أما قوله: إنهما فاسقان حال الحكم فلا يجوز الحكم بشهادتهما، فمصادره، لأن عدم القبول أوّل الدعوى، والتنظير بالرجوع قياس مع الفارق، لأن أثر الرجوع بطلان كشف الخبر عن الواقع من أوّل الأمر، وبعباره اخرى: الرجوع يجعل الخبر كالعدم، بخلاف الفسق بعد أداء الشهاده، فإنه لا يضرّ بالشهاده التى قبله.

وأما قوله « ولأن تطرق الفسق يضعف ظن العداله» ففيه: إن ضعف الظن بالعداله غير قادح، وإن كان المراد ما ذكره (الجواهر) فقد عرفت ما فيه.

وكون الاحتياط بترك الشهاده، ضعيف، لأن المقام من دوران الأمر بين المحذورين، لأنه إذا لم تقبل هذه الشهاده ضاع حق المشهود له، وإن قبلت ضاع حق المشهود عليه، فلا مجال للاحتياط الذى ذكره.

وأما ما ذكره بالنسبه إلى كلام الشيخ، فيمكن أن يقال فى الجواب: بأن ما ذكره الشيخ مبنى على الاستظهار من آيه النبأ (۲)، فإن المشتق ظاهر فى التلبس حال الفعل، أى الفاسق حين مجيئه بالنبأ، فيكون المفهوم أنه إذا لم يكن فاسقاً حين المجئ به لا يجب التبين، وإن فسق من قبل أو بعد، نعم، قد يقال: بأن المراد وجوب التبين من خبر من كان فاسقاً فى زمان مطلقاً، نظير قولهم فى قوله تعالى: «لا يَنالُ عَهْدِى

ص:۱۲۶۵

۱- ۱) مختلف الشيعه ۸: ۵۳۵.

۲- ۲) سوره الحجرات ۴۹: ۶.

اَلظّالِمِینَ» (۱).

وأما صاحب (الجواهر) فقد مال فی کتاب القضاء إلی عدم نقض الحکم بعروض الفسق علیه بعد الشهاده (۲)، فقد وقع التنافی بین کلامه هناک وما ذکره فی هذا المقام.

إنما الکلام فی أنه لو تغیر حاله بعد الشهاده التی سمعها الفرع منه، فأراد الفرع أدائها عند الحاکم کما سمعها، فهل تقبل منه کما تقبل فیما لو تغیر حال الأصل بعد الشهاده عند الحاکم، أو لا تقبل؟

قد فرق الشیخ بینهما فی (المبسوط) حیث عنون المسأله کما نقلناه عن (الخلاف) وقال بالقبول ثم قال: وإذا فسق الأصل قبل شهاده الفرع عند الحاکم لا تقبل، لأن الشرط العداله عند الشهاده عند الحاکم، وشهاده الفرع هنا مستنده إلی شهاده الأصل، فکأن الأصل عند الأداء عند الحاکم فاسق، وهذا نص کلامه:

« وإن سمع الحاکم من الفرع فی الموضع الذی یسوغ له أن یسمع ویحکم بشهادته ثم تغیرت حال الأصل، کان الحکم فیه کما لو سمع من الأصل نفسه ثم تغیرت حاله. فإن فسق الأصل لم یحکم بشهاده الفرع، لأنه لو سمع من الأصل ثم فسق لم یحکم بشهادته، لأن الفرع یثبت شهاده الأصل، فإذا فسق الأصل لم یکن هناک ما یثبته» (۳).

وأضاف فی (الجواهر) : حتی علی قول العامه بالنیابه، فإنه إذا بطل حکم شهاده المنوب بنحو ذلک بطل حکم شهاده النائب. (قال) : بلا خلاف أجده فی

ص:۱۲۶۶

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۱۲۴.

۲- ۲) لاحظ جواهر الکلام ۴۰: ۱۱۴.

۳- ۳) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۲۳۳.

شیء من ذلک، إلا ما سمعته من ابن حمزه والفاضل فی المختلف من الحکم بأعدلهما لو اختلف الأصل والفرع بعد الحکم (۱)(۲).

قلت: أما تفریق الشیخ بین ما إذا تغیر حال الأصل بعد الأداء عند الحاکم فتقبل، وبین ما إذا کان الأداء لا عند الحکم فلا تقبل، فلم نعرف له وجهاً، کما لم نعرف الوجه فی التفریق بین فسق الأصل عند أداء الفرع عند الحاکم فلا تقبل، وبین جنونه عند ذاک فتقبل، فإنه إذا کان وجه القبول فی الأول کونه عاقلاً حین شهادته عند الفرع، فلا یضرّ جنونه الطارئ عند أداء الفرع الشهاده عند الحاکم، فلیکن الأمر کذلک فیما لو تغیر حاله من العداله إلی الفسق.

قال فی (الجواهر) : اللهم إلا أن یقال إن ظاهر الأدلّه کون الفسق مقتضیاً لعدم القبول بخلاف الجنون والإغماء، فإن أقصاهما عدم قبول شهادتهما. فتأمل جیداً (۳).

قلت: لکنه غیر واضح، لأن اللام لا تعمل فیما قبلها، وإلا فإنه یأتی نفس الکلام فی الجنون والإغماء أیضاً. ولعلّ هذا وجه التأمل الذی أمر به.

أقول: ولعلّ الفرق هو: إن دلیل بطلان شهاده المجنون والمغمی علیه هو السیره العقلائیه غیر المردوعه، فهم یشترطون العقل عند الأداء للشهاده، فإذا شهد فی حال العقل والإفاقه ثم طرء الجنون والإغماء، لم یقدح ذلک فی قبول الشهاده السابقه. وأما الفاسق فقد یعتمد بعض الناس علی إخباره أو شهادته،

۱- ۱) قلت: إن خلافهما فی الصغری دون الکبری، وهو أنه إذا فسد الأصل فسد الفرع، بل یقولان بعدم الفساد فی هذه الحاله. .
۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰۶.
۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰۷.

فکانت آیه النبأ (۱)رادعه عن ذلک، فتکون الآیه دلیلاً لعـدم القبول فیما نحن فیه، بـدعوی اطلاق الأمر بالتبین لیشـمل حال بعد الأداء أیضاً.

قال فی (الجواهر) : « نعم لو طرأ الجنون أو الإغماء لم یؤثر بناءاً علی عـدم قـدح طرو ذلک فی شاهـد الأصل بعد إقامتها، وکذا العمی وإن افتقر أداء الشهاده إلی البصر، للاستغناء هنا ببصر الفرع، ضروره کون هذه الطوارئ کالموت» (۲).

أقول: إن البصـر لیس شـرطاً فی وقت الأـداء، بـل هو شـرط فی التحمل فیما لا یتحقق الشـهاده فیه إلا بالبصـر، وحیث یعلم الفرع بتحمل الأصل له فی حال البصـر، یشـهد بما شـهد به الأصل، وإن کان عنـد سـماع الفرع منه فاقـداً له، وحینئذ، فلا مجال للتعلیل بالاستغناء ببصر الفرع.

وعلی کلّ حال، فلو فرض زوال الموانع الطارئه قبل الشهاده علیه، فهل للفرع أن یشهد بالتحمل الاوّل أم یحتاج إلی تحمل جدید بنـاءاً علی انعطـاف الریبـه إلی حـاله التحمـل؟ فیـه وجهـان، ناشـئان من کـونه عـدلاً عنـد الشـهاده علیه وعنـد أدائهـا، ومن الریبه المذکوره. کذا فی (المسالک) (۳).

لکن فی (الجواهر) : اختار عدم اعتبار تجدید التحمل، قال: لعدم اقتضاء طروّها حصولها فی السابق الذی منه حال التحمل شـرعاً ولا عرفاً، والمفروض کونه جامعاً حال التحمل، فلا یقدح طروّ الامور المزبوره بعد فی حال فرض زوالها فی ما قبله، لإطلاق أدلّه القبول (۴).

۱- ۱) سوره الحجرات ۴۹: ۶.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰۶.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۸۲.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰۷.

قلت: إن العمده هی الإستظهار من الأدلّه، فإن قلنا بعدم دلالتها علی اشتراط بقاء الأصل علی حال سماع الفرع منه إلی حین شهاده الفرع، فلا کلام، وإن قلنا بدلالتها علی اشتراط عدم فسقه بعد الشهاده إلی حین أداء الفرع، وأن العداله یجب استمرارها، فإن تحقق الفسق یؤثر وإن زال قبل الأداء لانقطاع الإستمرار.

ومقتضی ظاهر آیه النبأ هو الأوّل. واللّه العالم.

۷ – الکلام فی شهاده النساء علی الشهاده

قال المحقق قدّس سرّه: «وتقبل شهاده النساء علی الشهاده فی ما تقبل فیه شهاده النساء منفردات (۱)، کالعیوب الباطنه والاستهلال والوصیه، وفیه تردد أشبهه المنع» (۲).

أقول: قال فی (المسالک) : إعلم أن قول المصنف تقبل شهاده النساء. . . الخ. یدل علی أن مورد الخلاف شهادتهن علیهن فی موضع ینفردن بالشهاده، فیخرج من ذلک ما لو کان فی موضعهن رجال حیث یجوز انفرادهن، فإن الشهاده فی هذا المحلّ لا تختص بهن بل یجوز بالرجال أیضاً بطریق أولی. ویخرج من ذلک أیضاً ما لو کان المحلّ مما تقبل فیه شهادتهن منضمات، سواء شهدن فرعاً علی النساء أم علی الرجال (۳).

---

۱ – ۱) قوله: منفردات. یمکن أن یکون المراد قبول شهادتهن من دون حاجه إلی ضم الرجال، وان کان ماتقبل فیه شهاده الرجال، ویشهد بذلک ذکره للوصیه.

۲– ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۰.

۳– ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۸۴.

وفی (النافع) جعل مورد الخلاف شـهادتهن علی الشـهاده فی الموضع الـذی یقبل فیه شـهادتهن، وهو شامل لجمیع هذه الموارد (۱).

وبهذا صرّح جماعه منهم: الشهید فی (الشرح) والعلامه فی کتاب (المختلف) (۲)وهو الحق.

وعلی هـذا، فموضع القول بالجواز شـهادتهن علی الشـهاده فیما لهن فیه مدخل سواء شـهدن علی مثلهن أم علی الرجال، وحینئذ، فیشـهد علی شاهـد أربع نسـاء سواء کـان المشـهود علیه رجلاً ـ أم امرأه، فلو کنّ أربع نسـاء شـهد علیهن ست عشره امرأه إن لم یشترکن فی الشهاده علی أزید من واحده، وإلا أمکن الاجتزاء بالأربع، کما مرّ فی شهاده الرجلین.

إذا عرفت هذا، ففی المسأله قولان:

أحدهما: الجواز. ذهب إلیه الشـیخ فی (الخلاف) (۳)وقواه فی (المبسوط) لکنه جعـل الآخر أحوط (۴)، وابن الجنید الإسکافی والعلامه فی (المختلف) (۵).

والثانی: المنع. ذهب إلیه الشیخ فی موضع من (المبسوط) (۶)وابن إدریس (۷)

ص:۱۲۷۰

۱- ۱) المختصر النافع: ۲۸۲.

۲- ۲) مختلف الشیعه ۸: ۵۱۶، مسالک الأفهام ۱۴: ۲۸۴.

۳- ۳) کتاب الخلاف: ۶/۳۱۶، المسأله ۶۶.

۴- ۴) المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۲۳۳ ۲۳۴.

۵- ۵) مختلف الشیعه ۸: ۵۱۶.

۶- ۶) المبسوط ۸: ۱۲۶.

۷- ۷) السرائر ۲: ۱۲۸ - ۱۲۹.

والعلامه فی غیر المختلف (۱)، والمحقق هنا.

وتردد المحقق فی (النافع) وکذا العلامه فی (الإرشاد) (۲).

وجه الأول: قال الشیخ فی (الخلاف) : « لا تقبل شهاده النساء علی الشهاده إلا فی الدیون والأملاک والعقود. . . وقال قوم: لا تقبل شهاده النساء علی الشهاده بحال فی جمیع الأشیاء. . . دلیلنا: إجماع الفرقه وأخبارهم» (۳).

قال العلّامه: والوجه ما قاله الشیخ فی الخلاف. لنا: عموم قول علی علیه السلام: شهاده النساء لا تجوز فی طلاق ولا نکاح ولا فی حدود إلا فی الدیون وما لا یستطیع الرجال النظر إلیه. فإن ذلک شامل للشهاده بالأصاله والفرعیه. ولأنا قد بیّنا أن شهاده امرأتین تساوی شهاده الرجل، فإذا شهد رجلان علی رجل جاز أن تشهد أربع نساء علی ذلک الرجل قضیه للتساوی (۴).

وفی (المسالک) نسبه الإستدلال بالأصل أیضاً إلی (المختلف) (۵)، لکنه غیر موجود فی النسخه التی نقلنا منها عبارته.

قلت: أما الإجماع الذی ادّعاه الشیخ، ففی (الجواهر) نسبه القول الثانی إلی المشهور خصوصاً المتأخرین (۶). . .

وأما مراده من الأخبار، فقد أوضحه العلامه فی (المختلف) فإنه بعمومه شامل للشهاده أصلاً وفرعاً، بل الثانی فهما أولی بالقبول من الأول، لاستناده إلی

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۵۰۵، تحریر الأحکام ۵: ۲۸۳.

۲- ۲) المختصر النافع: ۲۸۲، إرشاد الأذهان ۲: ۱۶۵.

۳- ۳) کتاب الخلاف: ۶/۳۱۶، المسأله ۶۶.

۴- ۴) مختلف الشیعه ۸: ۵۱۶.

۵- ۵) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۸۳.

۶- ۶) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰۸.

شهاده الأصل. فهذا هو الوجه الأول.

والوجه الثانی: ما ذکره العلامه من المساواه بین شـهاده المرأتین وشـهاده الرجل، المستفاده من قوله تعالی: «فَإِنْ لَمْ یَکُونٰا رَجُلَیْنِ فَرَجُلٌ وَ اِمْرَأَتٰانِ» (۱).

ووجه الثانی: قال فی (المسالک) : إن المجوز له إنما هو الضـروره، أما بضـروره الانفراد أو لفقـد الرجال کما فی حاله الوصـیه، ولا ضروره هنا. ولاختصاص النساء ببعض الأحکام غالباً (۲).

وفی (الجواهر) : للأصـل بعـد ظهور النصوص السابقه فی اعتبار الرجلین فی الشـهاده علی الشـهاده، السالم عن معارضه الإطلاق المزبور الظـاهر فی قبول شـهادتهن علیه نفسه الـذی لاـ تطلع علیه الرجال غالباً، لا الشـهاده علیه التی هی عکس ذلک. والأولویّه الواضـحه المنع، بل والاجماع المزبور المتبین خلافه. ولذا قال فی کشف اللثام: دون ثبوته خرط القتاد (۳). ووهنه فی (الریاض) بندره القائل بمضمونه عدا الناقل ونادر (۴). والأخبار المرسله التی لم نقف منها علی خبر واحد کما اعترف به أیضاً بعضهم.

ومن هنا یقوی إراده ما دلّ علی قبول شهاده رجل وامرأتین منهما، لکن کان علیه ضم الکتاب معها أیضاً. إلا أنه لا یخفی علیک ظهورها فی ما لا یشـمل الشهاده علی الشهاده. والتساوی المزبورلم یثبت عمومه للمفروض بوجه یقطع العذر شرعاً، خصوصاً بعد عدم حجیه کلّ ظن للمجتهد والقیاس والإسـتحسان. وکذا الکلام فی الأخیر، ضـروره عدم ثبوته علی وجه یشـمل الفرض أیضاً، وإلا

۱- ۱) سوره البقره ۲: ۲۸۲.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۸۴.

۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۳۶۵.

۴- ۴) ریاض المسائل ۱۵: ۴۰۸.

لأجزأ الشاهد واليمين الثابت فى النصوص إثباتهما لجميع حقوق الآدميين، فهما أولى من النساء فى ذلك، ولا أظن أحداً يقول به، خصوصاً بعد التصريح بعدم الاجتزاء به فى الخبر السابق فى احدى النسختين. انته كلامه قدّس سرّه (۱).

أقول: إن حاصل ما ذكر للمنع هو الجواب عمّا استدلّ به المجوزون من النص والإجماع، وحينئذ، يكون المرجع هو الأصل.

لكن فيما ذكر من الجواب تأمل، إذ يمكن أن يقال بالنسبه إلى النصوص:

أوّلاً: إن النصوص الوارده فى الشهاده على الشهاده لا وجه لتقييدها بالرجل وإن كانت وارده فى مورده ولا هى ظاهره فى اعتباره فى الشهاده على الشهاده.

وثانياً: إن أدلّه قبول شهاده النساء فيما تقبل شهادتهن فيه، لا ظهور لها فى صوره كونهن شاهد أصل، بل هى أعم من الشهاده ومن الشهاده على الشهاده، كما قلنا بالنسبه إلى أدله قبول شهاده العدل من أنها أعمّ من الرجل والمرأه، ولا مقيّد لهذا الإطلاق بصوره تعذر الرجل.

بل إن الشهاده على الشهاده شهاده عرفاً، والخطابات الشرعيه منزله على المفاهيم العرفيه.

فهذا هو العمده فى الاستدلال للقول الأوّل، وبعد تماميته، لا يبقى مجال للرجوع إلى الأصل.

وأما الإجماع الذى ادّعاه الشيخ، فما ذكره (الجواهر) وارد عليه، لكن يحتمل أن يكون مراد الشيخ أن الشهاده على الشهاده شهاده، فيكون قبول

ص:۱۲۷۳

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۲۰۸.

شهادتها على الشهاده فيما تقبل فيه شهادتهن فيه مجمعاً عليه، لأن من منع القبول فقد خالف فی کون الشهاده على الشهاده مصداقاً للشهاده.

فتلخص: أن الأظهر هو القول الأوّل، لعدم ظهور نصوص الشهاده على الشهاده فی اعتبار الرجولیه، ولأن الشهاده على الشهاده مصداق للشهاده. واللّه العالم.

٨ – فی اعتبار تسمیه الفرعین الأصل وتعدیلهما إیاه وفیه صور

قال المحقق قدّس سرّه: « ثم الفرعان إن سمّیا الأصل وعدّلاه قبل، وإن سمّیاه ولم یعدّلاه سمعها الحاکم وبحث عن الأصل، وحکم مع ثبوت ما یقتضی القبول، وطرح مع ثبوت ما یمنع القبول لو حضر وشهد، أما لو عدّلاه ولم یسمیاه لم یقبل» (١).

أقول:

إن المفروض عداله الفرعین، فتاره: یسمیان الأصل، واخرى: لا یسمیانه. فإن سمیاه وشهدا بعدالته من حین التحمل منه إلى حین الأداء، فلا إشکال ولا خلاف فی قبول شهادتهما بعدالته، کما تقبل شهادتهما على شهادته.

وإن سمیاه وعدّلاه حین الأداء مع الشهاده بفسقه حین التحمل، فلا إشکال فی عدم القبول. . . وکذا العکس. . .

وإن سمیاه ولم یعدّلاه، سمعها الحاکم وبحث عنه، وحکم مع ثبوت ما یقتضی القبول، وطرح مع ثبوت ما یمنع لو حضر وشهد.

ص:١٢٧۴

١– ١) شرائع الإسلام ۴: ١۴٠.

وإن سمياه وعدّلاه فی حالتی التحمل والأداء، لکن شهدا بتخلّل فسقه بینهما، فقولان.

وإن سـمیاه وعدّلاه حین الأداء، لکن ثبت فسقه حال الشهاده ولم یعلم بقاؤه علی الشهاده حال عدالته، فقال فی (الجواهر) بطرح الحاکم الشهاده، قال: بل یقوی اعتبار تجدید التحمل (۱).

ویرد علیه: أما نقضاً، فبما إذا شـهد العدل وشهد الفرع بشهادته وشک فی بقائه علی الشهاده. وأما حلّاً، فإنه مع الشک یستصحب بقاؤه علی الشهاده ویحکم.

اللهم إلاـ أن یکون الوجه فیمـا ذکره: ما تفیـده آیه النبأ من النهی عن ترتیب أی أثر علی خبر من جاء بالخبر فی حال الفسق، بأن یکون الشهاده علی خبره أثراً من آثاره.

هذا کلّه لو سمّیاه.

ولو عـدّلاه ولم یسـمیاه، بأن قالوا: نشـهد علی شـهاده عـدلین أو عـدول، لم تقبل، قال فی (الجواهر) بلا خلاف أجـده بیننا (۲)، واستدلّ له الشهید الثانی فی (المسالک) بوجوه قائلاً:

« لأن الحاکم قـد یعرفهم بالجرح لو سـموا، ولأنهم قـد یکونون عـدولاً عند قوم وفسّاقاً عند آخرین لأن العداله مبنیه علی الظاهر، ولأن ذلک یسد باب الجرح علی الخصم» .

هذا وفی (المسالک) : إنه لا یشترط فی شهاده الفرع تزکیه شهود الأصل، بل

۱- ۱) (و۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۰۹.

۲- ۲)

له إطلاق الشهاده (۱). وكذا فى (الجواهر) حيث قال: ليس على شـهود الفرع أن يشهدوا على صدق شهود الأصل ولا أن يعرفوا صدقهم، كما ليس عليهم تعديلهم.

وهل يشترط معرفه شهود الأصل بالعداله؟

قـال فى (الجواهر) بالعـدم، ثم نقـل عن المفيـد أنه قـال: لاـ يجوز أن يشـهد على شـهاده غيره إلا أن يكون عـدلاً عنـده مرضـياً. واعترضه صاحب (الجواهر) بقوله: لا أعرف له وجهاً، نعم، لا يجوز له ذلك إذا علم الكذب لأنه إعانه على الإثم (۲).

قلت: بل الوجه لما ذكره المفيد هو آيه النبأ بالتقريب الذى ذكرناه.

۹ – فى قبول الشهاده على الشهاده على الإقرار وأثر ذلک

قال المحقق قـدّس سرّه « ولو أقر باللّواط أو الزنا بالعمه والخاله أو بوط البهيمه، ثبت بشـهاده شاهدين، وتقبل فى ذلک الشـهاده على الشـهاده، ولاـ يثبت بهـا حـدّ، ويثبت انتشـار حرمه النكـاح. وكـذا لاـ يثبت التعزير فى وط البهيمه، ويثبت تحريم الأكـل فى المأكوله وفى الاخرى وجوب بيعها فى بلد آخر» (۳).

أقـول: إن اللواط يوجب الحـد وانتشـار حرمه النكـاح، فمن لاـط بغلاـم وجب عليه الحـدّ وحرمت عليه أُمه وأُخته، والزنـا بـالعمه والخـاله يوجب الحـدّ وانتشـار حرمه النكـاح، فيحرم على الزانى ابنه العمه وابنه الخـاله، وكـذا الكلاـم فى مطلق الزنـا على القول بانتشار الحرمه به، والزانى بامرأه مكرهاً لها عليه الحدّ ومهر مثلها.

۱– ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۸۵ ۲۸۶.

۲– ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۰۹.

۳– ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۰.

ووطئ البهيمه موجب للتعزير، ثم الحيوان الموطوء إن كان مأكولاً حرم أكله وأكل ما يتولـد منه، وينجس بوله، ويحرم لبنه، وإلا فيجب بيعه فى بلد آخر.

فإن أقرّ الفاعل وسـمع عـدلان إقراره وشـهدا بما سـمعا عنـد الحاكم، وجب الحدّ أو التعزير وغيرهما من الآثار، فإن شـهد عدلان على شاهـدين شـهدا منه الإقرار فهنـا حكمـان مسـلّمان، أحـدهما: قبول هـذه الشـهاده على الشـهاده، لإطلاق أدله الشـهاده على الشهاده. والآخر: عدم ثبوت الحدّ والتعزير بناء على كونه من الحدود لما تقدم من عدم ثبوت الحدّ بالشهاده على الشهاده بالنص والإجماع.

إنما الكلام فى ثبوت الأحكام والآثار الاخرى، فهل تثبت أو لا تثبت كالحدّ؟ وجهان كما فى (المسالك) : من تلازم الأمرين أو الامور وكونها معلول علّه واحده، ولو ثبت بعضها لزم ثبوت البعض الآخر لترتب الجميع على ثبوت أصل الفعل وهو الوطى.

ومن وجود المـانع فى بعضـها وهو الحـدّ بـالنص والإجماع، فيبقى الباقى، لأنه حق آدمى لا مانع من إثباته بشـهاده الفرع، وتلازم معلولات الأحكـام المسـتنده إلى علّه واحـده ممنوع، ومن ثم يثبت بالشـهاده على الشـهاده بالسـرقه المال دون الحـدّ، وكـذا مع الشاهد والمرأتين وبالعكس (١). . .

وقد اختار المحقق وتبعه صاحبا (المسالك) و (الجواهر) الأوّل، وهو الأقوى.

فعلى هـذا، يثبت بشـهاده الفرع حق الآدمى دون الحـدّ، سواء كانت الشـهاده على نفس السـبب وهو الزنا واللواط أم على الإقرار بذلك. . .

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٦.

فلماذا خص المحقق قدّس سرّه الحكم هنا بالإقرار؟

قال فی (المسالک) : إنما فرض المصنف الحکم بالإقرار، حذراً من تبعیض حکم السبب الواحد علی تقدیر الشهاده بنفس الزنا مثلًا، فإنه سبب فی الحدّ وفی نشر الحرمه، فیشکل تبعّض الشهاده فی أحدهما دون الآخر، بخلاف الإقرار بالفعل، فإنه لیس سبباً للحدّ، وإنما السبب هو الفعل المقرّ به. والأصح عدم الفرق (1).

وقد ذکر فی (الجواهر) کلام المسالک هذا، ونسبه إلی غیر واحد، ثم اعترضه بقوله: وفیه: إن کان المراد إثبات الزنا نفسه بالشاهدین بالنسبه إلی الأحکام دون الحدّ، فإن ذلک لا یقتضی إلا جواز وروده من الشرع، أما مع فرض عدمه ولیس إلا الأدله المزبوره فالمتّجه عدم تبعّض أحکام الموضوع الواحد، خصوصاً بعد قوله تعالی «فَإِذْ لَمْ یَأْتُوا بِالشُّهَداءِ فَأُولئِکَ عِنْدَ اَللّهِ هُمُ اَلْکاذِبُونَ» (2). الظاهر فی عدم ثبوت الموضوع أصلًا بدونهم، لا أنهم کاذبون بالنسبه إلی الحدّ دون غیره.

أی: إنه لا یوجد عندنا دلیل علی أن الشهاده علی الشهاده بالإقرار طریق لثبوت الزنا من حیث نشر الحرمه، ولیس طریقاً لثبوته من حیث الحدّ، بل الدلیل لقبول الشهاده علی الشهاده لسانه واحد وهو ثبوت الزنا، فیترتب علیها جمیع آثاره خصوصاً بعد الآیه الکریمه الظاهره فی الشهاده عن أصل الزنا لا عن الزنا من حیث الحدّ، وحیث لا یثبت الزنا فلا حدّ ولا نشر للحرمه.

1- 1) مسالک الأفهام 14: 287.

2- 2) سوره النور 24: 13.

ثم قـال: نعم، قـد يقـال بنحو ذلک فیما نحن فیه، لظهور الأدلّه فی إثبات شـهاده الفرع شـهاده الأصل فی غیر الحـدّ، فیتجه حینئذ التبعیض فیها، لا فی أصل الزنا لو فرض حصول شهادین. فتأمل جیّداً (۱).

أی: إنا لا نقول کما قال صاحب (المسالک) وغیره، بل نقول بأن الشـهاده علی الشهاده بالزنا نظیر الشهاده علی الشهاده بالإقرار، فإن الفرع یریـد إثبات شـهاده الأصل علی الزنا، کما یرید الفرع إثبات شـهاده الأصل علی الإقرار، فکما أن ثبوت الإقرار أعم من وجود الزنـا وعـدمه، کـذلک وجود الشاهـد علیه أعم من تحقق الزنـا منه وعـدمه. إذن، یثبت التبعیض مع الشـهاده علی الشـهاده بالزنا.

أقـول: وکیف کـان، فـإن الغرض من ثبوت الزنـا إثبـات حکمه وترتیب آثـاره، لکن للشـارع أن یرفع الیـد عن بعض الآثـار دون البعض الأخر، وقد قام الدلیل علی رفعه الید عن الحدّ، وبقیت الآثار الاخری تحت إطلاقات أدلّه قبول الشهاده علی الشهاده.

وعلی کلّ حال، ففی المسالک: إن کانت الشهاده علی الإقرار کفی اثنان فی الأصل والفرع علی کلّ منهما، لأن الإقرار مما یثبت بالشاهدین، وقیل: یتوقف الإقرار بالزنا علی أربعه کأصله، واختاره العلامه (۲).

وإن کـان شـهاده الأصـل علی نفس الزنا اعتبر کونهم أربعه، وهل یشترط ذلک العـدد فی شاهـد الفرع أم یکفی علی کلّ واحد اثنان؟ فیه وجهان، ینشآن من أنهما شهاده علی الزنا وتلک الأحکام تابعه له، وأنه لو اکتفی باثنین لکان شهود

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱۰.

۲- ۲) مختلف الشیعه ۸: ۵۳۱.

الأصل أسوأ حالاً من شهود الفرع، مع أن الظاهر العكس أو التساوى.

ومن أن المقصود هو حق الآدمى من المال وغيره، وهو مما يكفى فيه اثنان، ويمنع اشتراط مساواه شـهود الفرع للأصل مطلقاً، إذ لا دليل عليه (١).

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٢٨٧ ٢٨٨.

الطرف الخامس اللّواحق

وهی قسمان:

القسم الأول: (فی اشتراط توارد الشاهدین علی المعنی الواحد)

اشاره

وتترتب علیه مسائل:

المسأله الاولی: (فی أن توارد الشاهدین علی المعنی الواحد شرط)

قال المحقق قدّس سرّه: « توارد الشاهدین علی الشیء الواحد شرط فی القبول» (۱).

أقول: لا یخفی أن المراد توقف تحقق الشهاده علی تواردهما علی الشیء الواحد، لا أنها تتحقق وتواردهما علیه شرط لقبولها.

کما یتوقف أیضاً علی موافقه الشهاده لدعوی المدعی، وهذا هو المراد من قول الشهید الثانی: لابدّ فی قبول الشهاده من موافقتها للدعوی. فإذا وافقت

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۰.

الشـهاده الـدعوى وتوافق الشاهـدان ولو من حيث المعنى، حكم (۱)، كمـا قـال المحقق: « فـإن اتفقا معنى حكم بهما وان اختلفا لفظاً، إذ لا ـ فرق بين أن يقولا ـ غصب وبين أن يقول أحـدهما غصب والآخر انتزع» (۲). إذ العبره بالمعنى لا باللفظ، وقد حصـل بالفعل الواحد شاهدان، ولذا لا يحكم بهما لو اختلفا معنى كما قال المحقق:

« ولا يحكم لو اختلفا معنى، مثل أن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار بالبيع، لأنهما شيئان مختلفان» (۳).

إذ البيع غير الإقرار به، ولم يقم بكلّ منهما إلا شاهد واحد.

وكذا لو شهد أحدهما أنه غصبه من زيد، وشهد الآخر أنه ملك زيد، لاختلاف المعنى، لأعميه الغصب من كونه ملكاً له.

نعم، يجوز للشاهـدين أداء الشـهاده على وجه تكون مثمره عنـد الحـاكم ويحكم على طبقها، كأن يشـهد بالزوجيه للمعقود عليها متعه من دون إظهـار لهـذه الجهه حتى يحكم الحـاكم العـامى بـالزوجيه، لكن يشترط فى ذلـك أن لا ـ يبطل حقاً أو يحق باطلاً، فتصح فى الفرض المذكور الشهاده إن كانا حيّين، وأما مع موت الرجل فإنه إذا شهد بالزوجيه حكم لها بالإرث، مع أن المتزوجه متعه لا إرث لها.

والدليل على ذلك هو النصوص:

ص:۱۲۸۴

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۸۸.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.

١ - داود بن الحصين قال: « سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: إذا أَشهدت على شهاده فأردت أن تقيمها فغيّرها كيف شئت ورتّبها وصحّحها بما استطعت، حتى يصح الشيء لصاحب الحق بعد أن لا تكون تشهد إلا بحقه، ولا تزيد فى نفس الحق ما ليس بحق، فإنما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق، وبالشاهد يوجب الحق، وبالشاهد يعطى، وأن للشاهد فى إقامه الشهاده بتصحيحها بكلّ ما يجد إليه السبيل، من زياده الألفاظ والمعانى والتفسير فى الشهاده ما به يثبت الحق ويصححه ولا يؤخذ به زياده على الحق، مثل أجر الصائم القائم المجاهد بسيفه فى سبيل اللّه» (١).

٢ - داود بن الحصين أيضاً قال: « سمعت من سأل أبا عبد اللّه عليه السلام وأنا حاضر عن الرجل يكون عنده الشهاده، وهؤلاء القضاه لا يقبلون الشهادات إلا على تصحيح ما يرون فيه من مذهبهم، وإنى إذا أقمت الشهاده احتجت إلى أن أُغيّرها بخلاف ما أشهدت عليه وأزيد فى الألفاظ مالم أُشهد عليه، وإلا لم يصح فى قضائهم لصاحب الحق ما أشهدت عليه، أفيحلّ لى ذلك؟ فقال: إى واللّه، ولك أفضل الأجر والثواب، فصححها بكلّ ما قدرت عليه مما يرون التصحيح به فى قضائهم» (٢).

٣ - عثمان بن عيسى عن بعض أصحابنا عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: « قلت له: تكون للرجل من إخوانى عندى الشهاده ليس كلّها تجيزها القضاه عندنا. قال: إذا علمت أنها حق فصحّحها بكلّ وجه حتى يصح له حقه» (٣).

أقول: النصوص وارده فى خصوص مورد كون القاضى من العامه، فهل يختص الجواز به أو تلغى هذه الخصوصيه؟ لا يبعد إلغاء الخصوصيه، إذ لا فرق فى إحقاق الحق بين أن يكون الحاكم من الخاصه أو العامه، وإلا لضاع الحق، ومن

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٦/١. كتاب الشهادات، الباب ۴.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١۶/٢. كتاب الشهادات، الباب ۴.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ۴.

المعلوم أن الشارع لا يرضى بذلك.

فالحاصل، إنه يشترط توافق الشاهدين معنى، سواء توافقا لفظاً أو لا، فلو اختلفا معنى لم يحكم. قال المحقق:

« نعم لو حلف مع أحدهما» أي مع الذى توافق شهادته دعواه « ثبت» (۱)ما يثبت بالشاهد واليمين.

قال فى (الجواهر) : تكاذبا أم لا، وإن نسب الإجتزاء باليمين فى صوره التكاذب فى (الدروس) إلى القيل (۲)مشعراً بتمريضه، لكنه فى غير محلّه، لأن التكاذب المقتضى للتعارض الذى يفزع فيه للترجيح وغيره إنما يكون بين البينتين الكاملتين، لا بين الشاهدين كما هو واضح (۳).

أقول: لكن الظاهر ما ذكره فى (الدروس) ، لأن الطريقيه حينئذ تسقط والكاشفيه تزول، وليس لقوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم « إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان» (۴)إطلاق ليشمل هكذا شهاده، ودليل قبول شهاده الواحد مع يمين المدعى منصرف عن شهاده الواحد التى تكذبها شهاده الآخر.

لكن مقتضى اعتبار موافقه الشاهد لدعوى المدعى، إلغاء الشهاده المخالفه لها من أوّل الأمر، فإذا انضم اليمين إلى الموافقه ثبت ما يثبت بالشاهد واليمين وهو الحق المالى. . . وعلى هذا الأساس، لا نوافق المحقق وصاحب (الجواهر) وغيرهما، فى قولهم بتحقق التعارض فى كثير من الفروع الآتيه، كما سترى.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.

۲- ۲) الدروس الشرعيه ۲: ۱۳۵.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۲۱۲.

۴- ۴) وسائل الشيعه ۲۷: ۲۳۲/۱. أبواب كيفيه الحكم، الباب ۲.

المسأله الثانیه: (فی أنه لو شهد أحدهما علی وقوع السرقه غدوه والآخر عشیه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو شـهد أحدهما أنه سـرق نصاباً غدوهً وشـهد الآخر أنه سـرق عشـیه، لم یحکم بها، لأنها شـهاده علی فعلین» (۱).

أقول: لکن لو کان یدعی فعلًا واحداً ونصاباً واحداً، کان له أن یحلف مع أحد الشاهدین الموافق لدعواه فیثبت الغرم دون الحدّ.

قال: « وکذا لو شهد الآخر أنه سرق ذلک بعینه عشیه، لتحقق التعارض أو لتغایر الفعلین» (۲).

قـال فی (المسالـک) : فی التعلیل لف ونشـر غیر مرتب، فإن تحقق التعارض الـذی علّل به أولًا یحصل فی الفرض الثانی، وتغایر الفعلین یحصل فی الأوّل، لأن النصاب المشهود به فی الأوّل غیر معین، فکانت الشهاده علی فعلین (۳).

واعترضه فی (الجواهر) : بأن العباره ظاهره بل صـریحه فی کون الأخیرین علّتین للأخیره علی التقدیرین أی التعارض علی تقدیر النصـاب الواحـد، والتغایر علی تقـدیر النصابین إذ الاولی قـد فرغ منها وذکر تعلیلها، ثم ابتـدأ بالثانیه بقوله: « وکـذا. . .» کما هو واضح.

ص:۱۲۸۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.
۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۸۹.

وما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر.

قال فی (الجواهر) : وعلی کلّ حال، لیس للحاکم العمل علی القـدر المشترک بین الشاهدین بعد اختلافهما فی القید المقوم له، وإن اتفقا علی وحدته، کما هو ظاهر کلام الأصحاب فی القتل وغیره من الأفعال التی لا تقبل التعدد، واللّه العالم (۱).

ص:۱۲۸۸

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱۲ ۲۱۳.

المسأله الثالثه: (فی أنه لو شهد أحدهما علی کون المسروق دیناراً والآخر درهماً)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو قال أحدهما: سرق دیناراً. وقال الآخر درهماً. أو قال أحدهما: سرق ثوباً أبیض وقال الآخر: أسود، ففی کلّ واحد منهما یجوز أن یحکم مع یمین المدعی، لکن یثبت له الغرم ولا یثبت القطع» (۱).

أقول: لو شهد الشاهدان علی فعل واختلفا فی زمانه أو مکانه أو صفه له، فإن احتمل تغایر الفعلین وادعی المدعی التغایر، کان له الحلف مع کلا الشاهدین وأخذ کلیهما، وإلا حلف مع الذی یوافق دعواه وحکم له، لکن یثبت له الغرم دون القطع، لأنه حدّ ولا یثبت بالشاهد والیمین.

قال: « ولو تعارض فی ذلک بیّنتان علی عین واحده سقط القطع للشبهه ولم یسقط الغرم» (۲).

أقول: لو شهد اثنان علی سرقه شیء معین فی وقت، وشهد آخران علی سرقته فی غیره، فإن أمکن تعدد الواقعه بأن تبقی العین من الوقت الأول إلی الثانی حتی یمکن أن تسرق أولاً ثم تنتقل إلی مالکها ثم تسرق فی الوقت الثانی حکم بکلتا البینتین وثبت الحدّ والغرم معاً، وإن لم یمکن التعدد ووقعت الشهاده علی وجه یتحقق التعارض بینهما سقط الحدّ للشبهه الناشئه من اختلاف الشاهدین،

ص:۱۲۸۹

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.

و « الحدود تدرء بالشبهات» (١)ولكن لم يسقط الغرم، قال فی (الجواهر) : بلا خلاف، لثبوت سرقه العين باتفاق البينتين عليه.

قال فی (الجواهر) : وفی محكی (المبسوط) : تعارضت البينتان وتساقطتا وعندنا تستعمل القرعه (٢). وفی (كشف اللثام) : إنه لا فائده للقرعه هنا (٣). (قال) : يمكن أن يكون مبنی كلام الشيخ علی وجوب كون الحكم عن واحده منهما، لعدم صلاحيتهما بعد التعارض لأن يكونا مستند حكمه، ولا يعلم ذلك إلا بالقرعه، والفائده حينئذ تظهر فی الرجوع وغيره من الأحكام التی تلحق الشاهد، بل هو متجه إن لم يمنع وجوب اعتبار ذلك فی حكم الحاكم، بل يجوز استناده إلی الجميع فيما اتفقا عليه من سرقه الثوب وإن اختلفا فی وقت السرقه مثلاً. فتأمل جيداً (۴).

قلت: هذا كلّه لا يخلو عن تأمل، لأن الفعل واحد وهو غير واقع إلا فی أحد الموضعين أو الزمانين أو علی أحد الوصفين، فإذا قالت احداهما بوقوعه فی السوق والاخری فی المسجد، فقد تكاذبتا فهما متعارضتان فيتساقطان ولا يحكم بشیء، ولذا لو شهد واحد بالسرقه فی المسجد وآخر فی السوق والفعل واحد قالوا: لا يثبت الحدّ ويثبت الغرم بيمين المدعی مع أحد الشاهدين. ، فلو كان الأثر للقدر المشترک لزم الحكم به من دون حاجه إلی اليمين، لشهاده العدلين بالقدر المشترک.

أما الرجوع إلی القرعه، ففيه: إنه لا مجال لها هنا، لأن موضوعها هو الواقع المشكل والمشتبه عندنا، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل، فإن السرقه من

ص:١٢٩٠

١- ١) وسيأتی الكلام علی هذا النص.

٢- ٢) المبسوط فی فقه الإماميّه ٨: ٢۴١.

٣- ٣) كشف اللثام ١٠: ٣٧٠.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴١: ٢١٣ ٢١۴.

المبصرات، قالت احدی البینتین: بمشاهده وقوعها غدوه، وقالت الاخری: بمشاهده وقوعها عشیه، ولا ریب فی أنها قد وقعت فی أحد الزمانین، فالبینتان متعارضتان، ومع تعارضهما تتساقطان، ولا یبقی ما یحکم به للغرم فضلاً عن الحد.

وأما تجویز استناد الحاکم إلی کلتیهما فیما اتفقتا علیه وهو سرقه الثوب وإن اختلفتا فی وقته ففیه: إن المفروض وحده العین ووحده الفعل، وقد وقع التکاذب بین البینتین، ولیس الملاک وجود أمر متفق علیه بینهما، ولذا لو شهدت احداهما بکون المسروق حماراً والاخری بکونه فرساً، لم یحکم بسرقه الحیوان المطلق استناداً إلی کلیهما لکونه أمراً متفقاً علیه بینهما، بل یتساقطان، لعدم امکان وجود الحیوان کذلک خارجاً.

فالحاصل، إنا لا نوافق لا علی القرعه کما ذکر الشیخ (۱)، ولا علی الحکم بالقدر المشترک کما ذکر (الجواهر) (۲)، بل نقول بالتعارض والتساقط وعدم الحکم بشیء.

قال المحقق: « ولو کان تعارض البینتین لا علی عین واحده، ثبت الثوبان والدرهمان» (۳).

أقول: إذا تواردت البینتان لا علی عین واحده، کما لو شهدت احداهما علی الثوب الأبیض والاخری علی الثوب الأسود، أو شهدت احداهما علی درهم والاخری علی درهم آخر، ثبت الثوبان والدرهمان، لعدم التعارض بین البینتین، وثبت القطع أیضاً، لعدم الشبهه الدارئه.

۱- ۱) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۸: ۲۴۱.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱۴.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.

قال فی (الجواهر) : بل لو فرض اتحاد العین وأمکن التعدد بسرقتها مرتین فی الوقتین، کان الحکم کذلک أیضاً. بلا إشکال ولا خلاف.

قال: لکن عن القاضی: إذا شهد اثنان أنه سرق هذا الحمار غدوه یوم عیّنه، وآخران أنه سرقه عشیه ذلک الیوم، تعارضتا واستعمل القرعه (۱).

واعترضه بقوله: والحق أنه لا ـ تعارض إلا ـ أن یفرض الإتفاق علی اتحاد الفعل، وحینئذ یتجه سقوط القطع للشبهه بالاختلاف، وثبوت الغرم المتفق علیه للبینتین، وعلی کلّ حال فلا قرعه، لأنها لا تفید شیئاً کما فی کشف اللثام (۲)، وفیه الکلام السابق (۳).

أقول: قد عرفت أن لا ـ قرعه لما ذکرنا، کما تقدم منا الکلام علی ما ذهب إلیه صاحب (الجواهر) من ثبوت الغرم بالبینتین، فإن الحق هو التساقط، کما قالوا به فیما إذا کان فی کلّ طرف شاهد واحد.

۱- ۱) جواهر الفقه: ۲۳۲، المسأله ۸۰۵.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۳۷۰.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱۴.

المسأله الرابعه: (فی أنه لو شهد أحدهما علی کون الثمن دیناراً والآخر دینارین)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو شهد أحدهما أنه باعه هذا الثوب غدوه بدینار، وشهد الآخر أنه باعه ذلک الثوب بعینه فی ذلک الوقت بدینارین، لم یثبتا، لتحقق التعارض، وکان له المطالبه بأیهما شاء مع الیمین» (1).

أقول: هنا ثلاث صور:

الاولی: أن یدّعی البائع علی المشتری أنه باعه هذا الثوب غدوه بدینارین فیشهد له شاهد بذلک، ثم یشهد الشاهد الآخر أنه باعه ذلک الثوب بعینه فی ذلک الوقت بدینار.

أما المشتری فلا دعوی له بشیء.

والثانیه: أن یدّعی المشتری علی البائع أنه باعه هذا الثوب غدوه بدینار، فیشهد له شاهد بذلک، ثم یشهد الشاهد الآخر أنه باعه ذلک الثوب بعینه فی ذلک الوقت بدینارین.

أما البائع فلا دعوی له بشیء.

ففی هاتین الصورتین لا یوجد تعارض أصلاً، لما تقرر من أنه یشترط فی صحّه الشهاده وقبولها موافقتها لدعوی المدعی، فتکون احدی الشهادتین

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.

الموافقه للدعوى فى الصورتين معتبره والاخرى لاغيه، وللمدعى أن يحلف مع الشهاده المقبوله ويثبت حقه.

إذن، لا وجه لقول المحقق « لتحقق التعارض» سواء كان المدعى فى الفرع الذى عنونه هو المشترى أو البائع.

ويتحقق التعارض فى الصوره:

الثالثه: لو وقع الخلاف بين البائع والمشترى فى الثمن، فقال البائع بالـدينارين، وقال المشترى بالـدينار، وكان لكلّ منهما بينه على ما يـدّعيه، وحينئـذ يتساقطان، وليس المرجع القرعه كما تقـدّم عن الشيخ والجواهر، إذ لا موضوع للقرعه هنا وإن كان لها فائده، بل الصحيح بعد التساقط هو الحكم على المشترى بالدينار بإقراره.

قال المحقق: « ولو شهد له مع كل واحد شاهد آخر ثبت الديناران» (١).

أقول: مرجع الضـمير فى « له» هو « البائع» ، وذلك لأنه إذا كان يـدعى الـدينارين، فقد قامت بينه كامله له على دعواه فيحكم له، والبينه الاخرى المخالفه لدعواه لاغيه، فلا تعارض.

قال المحقق: « ولا كذلك لو شهد واحد بالإقرار بألف والآخر بألفين، فإنه يثبت الألف بهما والآخر بانضمام اليمين» (٢).

أقول: أوضـحه فى (الجواهر) بقوله: لعـدم التعـارض بين المشـهود بهمـا وإن امتنع التلفـظ بلفظين مختلفين فى وقت واحـد، فـإن الشهاده بدينار لا تنفى الزائد، فيجوز أن لا يكون الشاهد سمع إلا ديناراً، أو لم يقطع إلا به وتردد فى الزائد، أو

١- ١) شرائع الإسلام ۴: ١۴١.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١۴١.

رأى أن لاـ يشـهد إلاـ به لمصـلحه يراهـا أولا لها، بخلاف نحو البيع بـدينار ودينارين، فإن العقـد بـدينار ينافى العقـد بـدينارين، وإمكان فرض الإقرار على وجه ينافى الآخر، غير قادح، ضـروره كون الكلام فى عـدم المنافاه بين الشاهـدين فيه من حيث نفسه، بخلاف البيع لا من حيث انضمام أمور خارجه. فتأمل (١).

قلت: إنه مع اعترافه بامتناع التلفّظ بلفظين كـذلك. . . يعلم إجمالاً بعـدم أحـدهما، فكلّ واحـد أخـذ به كان ترجيحاً بلا مرجـح، وثبوت الألف يتوقف على ثبوت الإقرار، فكيف يقال بثبوته مع عدم ثبوت الإقرار؟

وبمـا ذكرنـا يظهر مـا فى تفريق (المسالـك) بقوله: والفرق بين الإـقرار والبيع حيث يثبت القـدر الأقـل بهما ويتوقف الزائـد على اليمين فى الإـقرار دون البيع أن الإـقرار ليس سـبباً فى ثبوت الحق فى ذمته بـل كـاشف عن سـبقه، فجـاز تعـدده ولـم ينـاف أحد الإـقرارين الآخر، بخلاف البيع، فإنه سـبب لثبوت الحق ولـم يقم بكلّ واحـد من البينتين بينه كامله، وعليه يترتب ما لو شـهد بكلّ واحـد من الإـقرارين شاهـدان، فـإنه يثبت الأقـل بشـهاده الجميع والزائـد بشـهاده الاثنين، بخلاف البيع، فإنه لا يثبت المجموع إلا بشاهدين لعدم امكان تعدّد السبب فيه (٢).

فإنه مع عدم الكاشف لا يثبت شيء، والأمر كذلك هنا بالتقريب الذى ذكرناه.

قال المحقق: « ولو شهد بكلّ واحد شاهدان، يثبت ألف بشهاده الجميع، والألف الآخر بشهاده اثنين» (٣).

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ٢١٥.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩١ – ٢٩٢.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

أقول: وهذا واضح لا كلام فيه.

قال: « وكذا لو شهد أنه سرق ثوباً قيمته درهم وشهد الآخر أنه سرقته وقيمته درهمان، ثبت الدرهم بشهادتهماوالآخر بالشاهد واليمين» (۱).

قال في (الجواهر) : لانتفاء التنافي وإن امتنع كون قيمه الشيء في الوقت الواحد ديناراً ودينارين جميعاً، لجواز أن لا يعرف أحدهما من قيمته إلا ديناراً (۲).

قال المحقق: « ولو شهد بكلّ صوره شاهدان، ثبت الدرهم بشهاده الجميع، والآخر بشهاده الشاهدين بهما» (۳).

ووافقه صاحب (الجواهر) (۴).

أقول: إن الثوب المسروق واحد، والسرقه وقعت مرّه واحده، ومع وقوع الخلاف بين الشاهدين أو البينتين يقع التكاذب في كلتا الصورتين، فإن كان السارق وصاحب الثوب متداعيين بأن يدعي السارق كون قيمته درهماً والمالك درهمين ثم أقاما البينه، أو شهد لكلّ شاهد وحلف معه، وقع التعارض والتساقط، وحينئذ، فالحكم هو التحالف، فإذا حلفا أخذ من السارق ما يقرّ به بإقراره.

وإن كان صاحب الثوب يدعي الدرهمين والسارق لا دعوى له في مقابله، اعتبرت البينه أو شهاده الواحد الموافقه لدعواه وسقطت الاخرى، أما البينه فيثبت بها حقّه بلا يمين، وأما شهاده الواحد فلابدّ من أن يحلف معها حتى يثبت.

قال المحقق: « ولو شهد أحدها بالقذف غدوه والآخر عشيه أو بالقتل

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۱.
۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۱۵.
۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۲.
۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۲۱۵.

كذلك، لم يحكم بشهادتهما، لأنها شهاده على فعلين» (۱).

أقول: القـذف ممـا يمكن تكرره، فلا تنافى بين الشـهادتين به، والقتل لا يقبله، فهما متكاذبان، فلو قامت بينه على القـذف غـدوه واخرى على القذف عشيه، ثبت حدّان.

ولو ادّعى المـدعى القتـل ولـم يتعرض وقته، والمنكر كـان ينكر أصل القتل، وقع التعارض، فقال الشـيخ بالقرعه، فإن تم فهو وإلا فيرجع إلى ما تقرّر فى تعارض البينتين.

قال: « أما لو شهد أحدهما بإقراره بالعربيه والآخر بالعجميه، قبل، لأنه اخبار عن شيء واحد» .

أقول: وذلـك، لأن الملاک توارد الشـهادتين على أمر واحـد معنى، والمعنى هنا واحـد، وإن كان الإقرار بالعربيه فعلاً غير الإقرار بالأعجميه، لكن يختص هذا بما إذا أطلقا فلم يوقّتا أو وقّتا بوقتين مختلفين، أما لو وقّتا بوقت واحد فلا يثبت شيء، للتكاذب.

قـال فى (الجواهر) : ولو شـهد أحـدهما أنه أقرّ عنـده أنه اسـتدان أو باع أو قتل أو غصب يوم الخميس، وآخر أقرّ أنه فعل ذلك يوم الجمعه، لم يحكم إلا مع اليمين أو شاهد آخر ينضم إلى أحدهما، لأن المشهود به فعلان، بل هما فى القتل متكاذبان (۲).

أقول: لا يخفى الفرق بين القتل وسائر الأمثله المذكوره، فإن القتل لا يقبل

ص:۱۲۹۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۲.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۱۶.

التكرار، وتلك تقبله، إلا إذا كان البيع أو الاستدانه مثلاً واقعه واحده بإقرار البائع أو الدائن، ثم ادعى وقوع ذلك فى يوم الجمعه مثلاً فشهد شاهد بوقوعه فيه وآخر بوقوعه يوم الخميس، اعتبر شهاده الموافق لدعواه وحلف معه إن كان واحداً، وسقطت الشهاده الاخرى، ولو أقام الطرف أيضاً بينه فى مقابل بينته تعارضتا وتساقطتا ولم يثبت شىء.

قال: ولو شهد اثنان بفعل وآخران على غيره من جنسه أولا، ثبتا إن أمكن الإجتماع وادّعاهما، وإن لم يمكن الإجتماع أو أمكن ولم يدّعه، كان للمدّعى أن يدعى أحدهما ويثبت بينته ويلغو الآخر، مثل أن يشهد اثنان بالقتل غدوه وآخران به عشيه، وكذا ما لا يمكن أن يتكرر كالولاده والحج عن اثنين فى سنه.

وفى محكى (المبسوط) إذا لم يمكن الاجتماع استعمل القرعه (1). وفى (كشف اللثام) : لا معنى لها إن كان الفعل مثل القتل والولاده من أُم واحده والاختلاف فى الزمان أو المكان، فإن القرعه لا يفيد شيئاً، نعم، إن كان الفعل مثل الولاده من اُمّين واختلف المدعى، فادّعت هذه أنها ولدته وشهد به اثنان ثبتت القرعه، وإن اتحد المدعى فلابدّ من أن يعين هو الدعوى، والشيخ إنما فرض المسأله فى القتل واختلافه زماناً أو مكاناً وأثبت القرعه (2)(3).

وفى (الجواهر) : قد يظهر وجه كلام الشيخ مما ذكرناه، فى صوره ما لو كانت دعوى المدعى القتل مثلاً وجاء بالأربعه شهود، واختلف كلّ اثنين منهم فى الزمان أو المكان، وقلنا بوجوب تعيين احدى البينتين فى مستند الحكم، لفائده الغرم

۱- ۱) المبسوط فى فقه الإماميّه ۸: ۲۴۳.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۳۷۱.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۲۱۶.

والرجوع بعد ذلک وغیرهما، فإنه لا طریق حینئذ إلا القرعه (۱).

أقول: إن کـان اسـتعمال القرعه بعـد التساقط، فإن معنی التساقط سـقوط کلتا البینتین عن الحجیه، فلا یبقی مـدرک للحکم حتی یراد تعیینه بالقرعه، اللهم إلا أن یقال ببقاء احدهما لا علی التعیین علی الحجیه، والقرعه طریق لتعیینه، ولکنه لا یخلو عن اشـکال، أو یرجع إلی القرعه لترجیح احدی البینتین علی الاخری، إن کانت القرعه من المرجحات.

وبالجمله، فإن الضابط فی الفروع المذکوره بعد ما تقرّر من اشتراط توارد الشاهدین علی معنی واحد، وتوافقهما لدعوی المدعی أن کلّ شـهاده سواء کانت شـهاده واحد أو بینه کامله لا توافق دعوی المدعی لاغیه وتبقی الاخری الموافقه بلا معارض، هذا إذا کان الفعل مما لا یقبل التکرار أو کان یقبله ولا یـدعی إلا أحـدهما، فإن کان یـدعی کلا الأمرین ثبتا مع البینه أو الشاهد الواحد بیمین المـدعی، فـإن حصـل التـداعی من الطرفین وأقـام کـلّ بینه علی دعواه وتخـالفت البینتان، فهنا یقع التکاذب والتساقط، ولا یحکم بشیء إلا إذا کان أحدهما مقراً فیؤخذ به.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱۷.

القسم الثانی: فی الطوارئ

وهی مسائل

المسأله الاولی: (لو مات الشاهدان قبل صدور الحکم)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو شهدا ولم یحکم بهما فماتا حکم بهما، وکذا لو شهدا ثم زکیا بعد الموت» (۱).

أقول: إن من الطوارئ هو الموت، وقد ألحق به فی (الجواهر) الجنون والإغماء (۲)، فلو شهد الشاهدان عند الحاکم ولم یحکم فماتا، حکم بشهادتهما ولم تبطل بالموت. وکذا لو شهدا ثم زکیا بعد الموت، إذ التزکیه المتأخره عن الموت کاشفه عن صحه شهادتهما السابقه.

وذلک، لأنه لا دلیل علی البطلان بالموت، فلو شک مع ذلک استصحب

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱۷.

وجوب الحكم استناداً إلى تلك الشهاده، ولا خلاف فى ذلك كما فى (الجواهر) ، قال: بل ظاهر النص والفتوى عدم الفرق فيه بين الحدّ وغيره (1).

1- 1) جواهر الكلام 41: 217.

المسأله الثانیه: (لو فسق الشاهدان قبل صدور الحکم)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو شهدا ثم فسقا قبل الحکم حکم بهما، لأن المعتبر بالعداله عند الإقامه» (۱).

۱ – لو کان ذلک فی حق الآدمیین

أقول: إن کـان ذلـک فی حق النـاس، ففی المسأله قولان، فقال جماعه: یحکم، وقال آخرون: لا یحکم، وللشـیخ فیها قولان (۲)، والمحقق قال بالعـدم فیما لو طرأ فسق شاهد الأصل قبل الحکم بشـهاده الفرع، محتجّاً بأن الحکم مسـتند إلی شـهاده الأصل (۳)، أما هنا فقال بالقبول وأنه یحکم بهذه الشهاده، واعترضه فی (الجواهر) بعدم الفرق (۴).

ولعلّ الفرق کون مورد البحث هناک فسق الأصل قبل أداء الفرع الشهاده، وهنا فسقهما بعد الأداء وقبل الحکم.

وکیف کان، فإن المعتبر فی المقامین بالعداله عند الإقامه، لإطلاق الأدلّه بل ظهور بعضـها کآیه النبأ وقوله علیه السـلام: « لا أقبل شهاده فاسق إلا علی

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۲.

۲- ۲) کتاب الخلاف: ۶/۳۲۰، المسأله ۷۳، المبسوط فی فقه الإمامیّه ۸: ۱۰۲ و۲۴۴.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۰.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱۸.

نفسه» (۱)فإن الآیه ظاهره فی التلبس فی حال المجیء، والخبر ظاهر فی الفسق حال الشهاده، ولا أقل من أنه المتیقن.

واستدلّ للعدم فی هذه المسأله بوجوه:

أحدها: کون الفسق بعد الشهاده وقبل الحکم، کما لو رجع عن الشهاده قبل الحکم.

وفیه: إنه فرق بین الفسق والرجوع، فإن الرجوع یسقط الوثوق بالخبر، ولیس من سیره العقلاء الاعتماد علی شهاده من رجع عن شهادته، ولیس الأمر فی الفسق کذلک، فالقیاس مع الفارق.

والثانی: إن طرو الفسق یضعف ظن العداله السابقه، لبعد طرّوه دفعه واحده.

وفیه: إنه منقوض بالجنون، علی أنه لو کان کذلک لکشف عن الاستعداد للفسق، ومن الواضح أنه غیر قادح.

والثالث: إن المقام کما لو کان وارثاً ومات المشهود له قبل الحکم.

والجواب: إنه لولا الإجماع علی عدم القبول هناک لقلنا بالقبول، فالفارق هو الدلیل.

وقد أجاب صاحب (الجواهر) عن کلّ هذه الوجوه بأنها جاریه فی الجنون ونحوه، مع أنه لا خلاف فی قبول الشهاده السابقه علیه.

قال: نعم، لو أمکن إثبات اقتضاء الفسق بطلان الشهاده مالم یحکم بها اتجه ذلک یعنی دعوی الفرق بین الفسق وبین الجنون ونحوه لا أقلّ من الشک فی قبولها

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۷۳/۴. کتاب الشهادات، الباب ۳۰.

فی الفرض، ولو من جهه انسیاق غیر الفرض من اطلاق الأدلّه، والأصل العدم (۱).

قلت: یعنی أصاله عدم الحجیه، لکن هذا الأصل لا وجه له، لأنه إنما یتأتی مع عدم استصحاب القبول، وهو هنا موجود، فهو کما لو قال: صلّ خلف العادل ولا تصلّ خلف الفاسق، فصدرت صغیره من العادل وشک فی قدحها فی عدالته، فإن مقتضی القاعده استصحاب بقاء العداله، لأن المتیقن من المعصیه القادحه هو الکبیره. وما نحن فیه کذلک، لأن المفروض عدالته حین الأداء، ثم مع عروض الفسق یشک فی بقاء جواز الحکم أو وجوبه استناداً إلی تلک الشهاده الواقعه مع الشرائط، فیستصحب، ومعه لا مجال للرجوع إلی أصاله عدم الحجیه.

مع أن الشک فی الحجیه مسبب عن الشک فی اشتراط العداله حال الحکم، والأصل عدم اشتراطها.

وأما قوله: وربما شهد لذلک استفاضه النصوص بردّ شهاده الفاسق مثلاً، بخلاف المجنون والمغمی علیه الراجعین فی الحقیقه إلی کونهما کالمیت الذی لیس له شهاده حال موته، فیبقی حکم شهادته الاولی علی حالها، بخلاف الفاسق وغیره مما ورد فی النصوص ردّ شهادته الشامل لهما بعد الإقامه قبل الحکم بها، وإلا لزم جواز الحکم بها قبل الإقامه لو فرض أنه حملها لغیره عدلاً ثم فسق ثم بعد ذلک أقامها الفرع وهو معلوم الفساد، ولیس إلا لاعتبار مقارنه جامعیّه العداله ونحوها للشهاده حال الحکم، ولا یکفی الحال السابق (۲).

فیمکن أن یقال فیه: بأنه لا أثر للبحث عن اقتضاء الفسق للردّ أو مانعیّته

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱۸.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۱۸ - ۲۱۹.

للقبول، بل لابدّ من لحاظ دليل ردّ شهاده الفاسق، فإن كان له إطلاق ليشمل حال الحكم فهو وإلا فلا. . . وأما جواز الحكم بها قبل الإقامه لو فرض أنه حملها لغيره عدلاً ثم فسق ثم بعد ذلک أقامها الفرع فغير لازم، للفرق بين المقامين، إذ مع الفسق قبل الإقامه يصدق استناد الحاكم إلى شهاده الفاسق الفعلى، وهو نظير ما إذا جاء الفاسق إلى الحاكم وقال: قد تحملت الشهاده فى حال العداله وأنا الآن فاسق.

فالعمده النظر فى حدّ دلاله تلک النصوص. . . وما دلّ على أن النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم كان يرسل من يسأل عن حال الشخص فى بلده، ظاهر فى الفحص عن حال الشاهدين فى وقت أداء شهادتهما، لا للوقوف على بقائهما على حال العداله لكى يكون حكمه فى هذه الحال.

هذا كله فى حق الآدمى المحض.

۲ – لو كان ذلک فى حق اللّه

قال المحقق: « ولو كان حقاً للّه تعالى كحدّ الزنا لم يحكم، لأنه مبنى على التخفيف، ولأنه نوع شبهه» (۱).

أقول: وأما فى حق اللّه المحض، كحدّ الزنا واللواط وشرب المسكر ونحوها، لم يحكم بشهادتهما باتفاق المجوزين والمانعين، كما فى (المسالک) (۲)، وفى (الجواهر) بلا خلاف أجده فيه (۳). وقد ذكر المحقق لهذا الحكم وجهين: أحدهما: إن حق اللّه مبنى على التخفيف. والآخر: إن فسق الشاهدين بعد الأداء وقبل الحكم نوع شبهه، وقد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم فى الحديث المشهور المعمول

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۲.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۹۵.

۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۲۱۹.

به: «إدرأوا الحدود بالشبهات» (۱).

وهذا فی حق اللّه المحض.

۳ – لو کان ذلک فی حق مشترک

قال المحقق: «وفی الحکم بحدّ القذف والقصاص تردد، أشبهه الحکم، لتعلّق حق الآدمی به» (۲).

أقول: وأما الحق المشترک ففیه وجهان علی القول بالجواز فی حق الآدمی المحض: من بناء الحدّ علی التخفیف ودرئه بالشبهه، ومن تعلّق حق الآدمی به، ومن هنا تردد المحقق ثم رجح الوجه الثانی.

أقول: إن کان دلیل الدرء فی حق اللّه المحض هو الإجماع، فإن القدر المتیقن منه ذلک، وإن کان النبوی المنجبر، فإنه عام یشمل الحق المشترک أیضاً.

---

۱ – ۱) وسائل الشیعه ۲۸/۴۷ عن الصدوق مرسلاً عن النبی صلی اللّه علیه وآله وسلم. وفیه ۲۸/۱۳۰ عن المقنع للصدوق مرسلاً عن أمیر المؤمنین علیه السلام. قال فی الریاض: إنه نص متواتر. فاستغربه فی مبانی تکمله المنهاج ۱/۱۶۸. ونص ۱/۱۵۴ علی أن درء الحدود بالشبهات لم یثبت بروایه معتبره. فلابد من المراجعه.

۲– ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۲.

المسأله الثالثه: (لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل صدور الحكم)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما» (۱).

أقول: لا ـ كلام فی عدم قبول شهاده أحد فی حق نفسه، لکن قد یقال فی هذه المسأله: بأن المعیار فی صحه الشهاده وقبولها کونها واجده للشرائط فی حال الأداء، فإن العبره بتلک الحال لا بحال الحکم، وعلیه، فلا یکون طروّ موت المشهود له فی حال الحکم مانعاً عن ترتیب الأثر علی الشهاده، وإلا ـ لکان موت المشهود له أسوء حالاً ـ من طروّ الفسق والجنون، ولذا قال فی (المسالک) : ویجیء علی القول بعدم قدح طروّ الفسق احتمال عدمه هنا، اعتباراً بحاله الأداء، کما علّل به السابق، وعند الأداء لم تکن الشهاده لهما (۲). ولعله من هنا استشکل فیه فی (الکفایه) (۳)، وخدش فیه الأردبیلی (۴)، وتبعهما صاحب (المستند) (۵).

ص:۱۳۰۷

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۲.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۹۶.

۳- ۳) کفایه الأحکام ۲: ۷۸۲.

۴- ۴) مجمع الفائده والبرهان ۱۲: ۵۲۴.

۵- ۵) مستند الشیعه ۱۸: ۴۱۴.

قلت: لكن الحكم متفق عليه كما اعترف به فى (المسالك) (۱)، وفى (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيه (۲). . . ولعلّ الوجه فيه هو: أن المستفاد من أدلّه نفوذ الحكم هو كون المشهود به للمشهود له من حين صدور الحكم والمفروض موته فى هذا الحين لا أنه عندما يصدر يكشف عن ثبوت الملك له من حين أداء الشهاده حتى تكون الشهاده فى ملك المورث -.

وأما عدم قدح طرو الفسق، فلما ذكرنا فى محلّه من أن ظاهر آيه النبأ وجوب التبين من خبر من تلبس بالفسق فى حين المجىء بالنبأ.

۱- ۱) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۹۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۱۹.

المسأله الرابعه: (لو رجعا عن الشهاده قبل صدور الحکم)

قال المحقق قدّس سرّه « لو رجعا عن الشهاده قبل الحکم لم یحکم» (۱).

أقول: فی المسأله صور:

الصوره الاولی: أن یرجعا عن الشهاده قبل الحکم

قال المحقق فی هذه الصوره: « لم یحکم» ، أی: سواء کان عقوبه أو مالاً أو حقاً، قال فی (الجواهر) : ولو بعد الإقامه، ولا غرم (۲).

قلت: أما قوله: « ولو بعد الإقامه» فلم یتضح المراد منه، إلا أن یحمل علی شاهد الفرع، لکنه کما تری.

وأما قوله: « ولا ـ غرم» فکذلک، لوضوح عدم الغرم مع عدم الحکم، وکأنه قاله تبعاً لما فی مرسل جمیل الآتی من قوله علیه السلام: « وإن لم یکن قضی طرحت شهادتهم ولم یغرم الشهود شیئاً» (۳)، ولعلّه للإشاره إلی أن المقام لیس کبعض الموارد التی یثبت فیها الغرم وإن لم یثبت الحدّ، کالتفکیک بین الغرم والقطع فی بعض أحوال الشهاده علی السرقه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۲.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۰.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۲۶/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱۰.

وكيف كان، ففى (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيما بيننا، كما اعترف به غير واحد (1)، لكن الاتفاق فى كشف اللثام ليس على ذلك، بل هو فى خصوص العقوبه كما ستعرف.

والدليل على عدم الحكم فى هذه الصوره هو الأصل بعد انصراف أدله القضاء عن مثلها، وقد روى جميل عن أحدهما صلّى اللّه عليه وآله وسلّم فى المرسل الذى هو كالصحيح كما فى (الجواهر) سيما بعد اعتضاده بالشهره (2)، وأمّا فى (المسالك) وصفه بالحسنه قال: « فى الشهود إذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل: ضمنوا ما شهدوا به وغرموه، وإن لم يكن قضى طرحت بشهادتهم ولم يغرم الشهود شيئاً» (3).

وأضاف فى (الجواهر) أنه لا ترجيح لتقديم قولهم الأول على الثانى (4). وأما الخبران:

١ - السكونى عن الصادق عليه السلام عن النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « إن شهد عندنا بشهاده ثم غيرها أخذنا بالاولى وأطرحنا الاخرى» (5).

٢ - هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام: « كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يأخذ بأوّل الكلام دون آخره» (6).

فليسا ظاهرين فى الرجوع، لا سيما الأوّل المشتمل على التغيير وهو غير

١- ١) (و٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٠.

٢- ٢)

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٩.

٤- ٤) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٠.

٥- ٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٨/٤. كتاب الشهادات، الباب ١١. بتفاوت يسير.

٦- ٦) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٦/٣. أبواب آداب القاضى، الباب ٤.

الرجوع، وإن احتمل عمومه له، على أن إعراض الأصحاب عنهما موجب لوهنهما، فلا يعارضان مرسل جميل الذى هو كالصحيح، ولو فرض التعارض وتساقط الطرفين، كفى عدم الدليل على الحكم، لانصراف أدلّه الشهاده والحكم عن هذه الشهاده، وأما تنزيلهما على ما بعد الحكم والاستيفاء، فينافيه لفظ « أخذنا» و « يأخذ» فيهما الظاهر فى الحكم.

ثم إن اعترف الشهود بأنهم تعمدوا الكذب فى الشهاده الاولى فهم فسقه، وإن قالوا: غلطنا أو أخطأنا فلا فسق، ووجه القبول منهم حينئذ هو أن صاحب القول كصاحب اليد يسمع قوله.

وهل تقبل منهم تلك الشهاده لو أعادوها؟

نسب فى (الجواهر) إلى (القواعد) و (المسالك) : عدم القبول. قال: ولعلّه لحسن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام: « قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذى قطعت يده، إنما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرّمهما نصف الديه ولم يجز شهادتهما على الآخر» (۱)(۲).

إلا أنّ الأقوى مع ذلك هو القبول إذا كانا معروفين بالعداله والضبط، تبعاً لكشف اللثام (۳)والجواهر (۴)، للعمومات التى يقصر الخبر المزبور عن تخصيصها،

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۳۲/۱. كتاب الشهادات، الباب ۱۴.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۲۰، مسالك الأفهام ۱۴: ۲۹۷، قواعد الأحكام ۳: ۵۱۰.

۳- ۳) كشف اللثام ۱۰: ۳۷۸.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۲۲۱.

وخلافاً لصريح (المسالک) حیث قال: لکن لا تقبل تلک الشهاده لو أعادوها (١).

وأما نسبه (الجواهر) العدم إلی (القواعد) ففیها: أنا لم نجد ذلک فیه، فقد قال العلامه رحمه اللّه: « الفصل السابع فی الرجوع ومطالبه ثلاثه: الأول فی الرجوع فی العقوبات: إذا رجع الشاهد فی العقوبه قبل القضاء منع من القضاء قال کاشف اللثام: إتفاقاً للشبهه (٢)ولو کانوا قد شهدوا بالزنا حدوا للقذف، وإن قالوا: غلطنا، فالأقرب سقوط الحدّ، ولو لم یصرح بالرجوع بل قال للحاکم: توقف عن الحکم، ثم قال له: أُحکم، فالأقرب جواز الحکم ما لم یحصل للحاکم ریبه، وهل یجب الإعاده؟ إشکال» (٣).

قال کاشف اللثام: من حصول الأداء الصحیح من أهله، والأصل، وقد زال التوقف بعد طروه، ومن إبطال التوقف له، لأنه تشکیک فی الشهاده، وهو خیره (التحریر) (۴). وهو ممنوع، فإن صریح قوله: إنما هو التوقف فی الحکم لا الشهاده، وبعد التسلیم فقوله بعده أحکم بمنزله الإعاده (۵).

قلت: والإنصاف إن ما ذکره مشکل.

ولو کان المشهود به الزنا أو نحوه واعترفوا بالتعمد، حدّوا للقذف، وإن قالوا: غلطنا ففی (القواعد) : الأقرب سقوط الحدّ (۶)، وتبعه کاشف اللثام وصاحب

ص:١٣١٢

١- ١) مسالک الأفهام ١۴: ٢٩٧.

٢- ٢) کشف اللثام ١٠: ٣٧٣.

٣- ٣) قواعد الأحکام ٣: ۵٠٨.

۴- ۴) تحریر الأحکام ۵: ٢٨۵.

۵- ۵) کشف اللثام ١٠: ٣٧٣.

۶- ۶) قواعد الأحکام ٣: ۵٠٨.

(الجواهر) (۱)، وعن (المبسوط) و (الجواهر) يحدّان أيضاً (۲)، وفى (المسالك) : وجهان، أحدهما: المنع، لأن الغالط معذور، وأظهرهما الوجوب، لما فيه من التعيير وكان من حقهم التثبت والاحتياط، وعلى هذا تردّ شهادتهم، ولو قلنا لا حدّ فلا رد (۳). قال كاشف اللثام: ويؤيده مرسل ابن محبوب عن الصادق عليه السلام وهو خيره (التحرير) (۴).

أقول: وهذا نص المرسل: « فى أربعه شهدوا على رجل محصن بالزنا ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل. فقال: إن قال الراجع: أوهمت، ضرب الحدّ وأغرم الديه، وإن قال: تعمدت قتل» (۵).

وأجاب عنه فى (الجواهر) بقوله: لكن فيه إن تكليف الغافل قبيح، فلا ريب فى المعذوريه، كما لا ريب فى سقوط الحدّ معها، ضروره أولويّتها من الشبهه التى يدرأ بها، ولذااختار فى كشف اللثام السقوط لها (۶).

وأما قول (المسالك) : وعلى هذا تردّ شهادتهم ولو قلنا لا حدّ فلا ردّ فغير واضح كما فى (الجواهر) أيضاً، ولعلّه يريد التلازم بين الحدّ والردّ، ولكنه لا يناسب كلامه المتقدم عليه (۷).

ص:۱۳۱۳

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۳۷۳، جواهر الكلام ۴۱: ۲۲۱.

۲- ۲) المبسوط فى فقه الإماميّه ۸: ۱۰، جواهر الفقه: ۲۲۶، مسأله ۷۸۲. وعنهما كشف اللثام ۱۰: ۳۷۳.

۳- ۳) مسالك الأفهام ۱۴: ۲۹۷.

۴- ۴) كشف اللثام ۱۰: ۳۷۳، تحرير الأحكام ۵: ۲۸۵.

۵- ۵) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۲۸/۱. كتاب الشهادات، الباب ۱۲.

۶- ۶) جواهر الكلام ۴۱: ۲۲۱.

۷- ۷) أقول: وجه الاشكال فى هذه العباره هو: إنه رحمه اللّه قال فى أصل الرجوع عن الشهاده بأنهم إن اعترفوا بتعمد الكذب فهم فسقه يستبرؤن، فإن قالوا: غلطنا لم يفسقوا، لكن لا تقبل تلك الشهاده منهم لو أعادوها. فالقول بعدم قبول شهادتهم مع عدم الفسق لا يجتمع مع القول بالقبول مع عدم الردّ فى الشهاده بالزنا إن قالوا غلطنا. ويمكن الجواب عن ذلك بأنه قال بعدم القبول مع عدم الفسق لو أعادوا نفس تلك الشهاده، وذلك لأن اختلاف شهادتهم فيها توجب الشك ولزوم الاحتياط، لا سيما مع النظر إلى خبر ابن محبوب. أما فى الفرع المتعلق بالشهاده بالزنا فمورد النظر هو الشهاده منهم فى ما بعد، فهو يقول بأن أظهر الوجهين وجوب الحد، ومن حد ترد شهادته فيما بعد. وعلى الوجه الأوّل وهو عدم الحد فلا ترد، إذ لا نص ولا موجب لعدم القبول، لعدم وقوع الاختلاف منهم فى الشهاده الواحده. ولعلّ ما ذكرناه هو الوجه فى تأمل الجواهر.

وأما الخبر، فهو مرسل غير منجبر، على أن معناه غير واضح كذلك، لأنه إن كان مخطئاً أو شبه عامد فعليه الديه، وإن كان متعمداً فيقتل بالمقتول، لأن السبب أقوى، فلماذا الحد؟ (١).

هذا كلّه فی الصوره الاولی.

الصوره الثانيه: أن يرجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به

قال المحقق: « ولو رجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به لم ينقض الحكم، وكان الضمان على الشهود» (٢).

أقول: أما عدم نقض الحكم، فعليه الإجماع بقسميه كما فی (الجواهر) (٣).

وقد استدلّ له أيضاً بأمور:

ص:١٣١۴

---

١ - ١) أقول: الحدّ حدّ القذف، والديه ديه المقتول. أما الديه فثابته لئلا يطل دم امرئ مسلم، وأما الحدّ، فالمفروض أنه قال أوهمت فالمشهور عدم الحد، وعن المبسوط وبعض الأصحاب: يحدان أيضاً، فمعنى الخبر واضح، ولذا ذكروه مؤيداً للقول المخالف للمشهور، فينحصر الجواب عنه بعدم تماميه سنده بالإرسال وإعراض المشهور عنه.

٢- ٢) شرائع الإسلام ۴: ١۴٢.

٣- ٣) جواهر الكلام ۴١: ٢٢٢.

الأوّل: مرسله جميل. فأما دلالتها فتامّه، وأمّا سندها فمنجبر كما تقدم.

الثانی: الخبران النبوی والعلوی المتقدمان.

لكن فيه: أنهما ظاهران فی صدور الحكم استناداً إلی الكلام الأوّل، فلا علاقه لهما بهذه الصوره.

الثالث: استصحاب الصحه.

لكن فيه: إنه إن كـان المراد صـحه الحكم، فـإنّه بعـد الرجوع ينكشف عـدم تمـاميّه الحكم من أصـله، وحينئـذ، فلاـ حـاله سابقه بالصـحه حتی تستصـحب، فهو نظير مـا إذا بـاع خلّاً فانكشف كونه خمراً حين العقـد، فالعقـد باطل من حينه، وليس كالبيع الواقع صحيحاً ثم إذا شك فی انفساخه استصحب اللزوم. هذا إذا كان المستصحب صحه الحكم.

وإن كان المراد صـحه الشـهاده الاولی بأن يقال: الشـهاده السابقه وقعت صحيحه واقعاً أو ظاهراً، فيستصحب تلك الصحه ويصح الحكم المسـتند إليهـا. . . ففيه: أن أدله « ضع فعـل أخيك علی أحسـنه» (1)لا تشـمل الشـهاده التی رجع عنها الشاهد نفسه، وإلا كـان دليـل الحمـل علی الصـحه مشـرعاً، ولو فرض تمـاميه أصـاله الصـحه فی الشـهاده الاـولی، فإنهـا تجری فی الثانيه كـذلك، فيتعارضان.

الرابع: إطلاق ما دلّ علی صحه ما لم يعلم فساده.

وفيه: إن هذا شامل للشهاده الثانيه المكذبه للاولی أيضاً.

الخامس: إن الرجوع لا يدلّ علی فساد الشهاده الاولی، إذ يمكن كون الرجوع كذباً، بل هو كالإنكار بعد الإقرار.

ص:١٣١٥

١- ١) وسائل الشيعه ١٢: ٣٠٢/٣. أبواب أحكام العشره، الباب ١٦١. وفيه: ضع أمر أخيك. . .

وفيه: إنما لا ـ يسمع الإنكار بعد الإقرار، لأن الإقرار يكون دائماً فى ضرر المقر، فإذا أنكر بعده كان للخلاص من الضرر، فلا يسمع، فالقياس مع الفارق.

السادس: إن الحكم الصادر نافذ بالاجتهاد به فلا ينقض بالإحتمال.

وفيه: إن عدم نقضه بالإحتمال محتاج إلى دليل، ولذا كان مانعاً عن الحكم لو كان الرجوع قبله، فلولا الدليل وهو مرسله جميل لما تم الحكم بعدم النقض، فهذا الوجه ساقط.

السابع: إن الشهاده أثبتت الحق، فلا يزول بالطارى كالفسق والموت.

وفيه: إنه إن كان الرجوع من الطوارئ كالموت تم ما ذكر، لكنه ليس كذلك، بل الرجوع يوجب الشك فى صحه الشهاده الاولى. . .

فتحصل: عدم النقض فى هذه الصوره، للمرسله المنجبره.

وأما ثبوت الضمان مثلاً ـ أو قيمه أو قصاصاً أو ديه أو نحو ذلك على الشهود، فلا كلام فيه كذلك، إنما الكلام فى أنه يثبت نتيجه الإتلاف من الشهود، لكونه مستنداً فى الحقيقه إليهم من جهه أن السبب أقوى، أو جاء نتيجه الحكم غير المنقوض. وذلك لأن ثبوت الغرم لا يلازم نفوذ الحكم بل ولا وجوده، فقد يتسبب الشخص فى قتل أو تلف مال فيضمن من دون حكم. هذا من جهه. ومن جهه أخرى فإن للحكم غير المنقوض آثاراً اخرى، تترتب تبعاً للحدّ وإن رجع الشاهدان، كعدم جواز إمامه المشهود عليه، وعدم سماع شهادته فيما بعد، وعدم أهليته لمنصب القضاء ونحو ذلك.

إن أمكن إثبات الضمان على الشهود هنا بأدله نفوذ الحكم بضميمه الإجماع، إذ لولا الإجماع لأمكن الخدش فى الاستدلال بدعوى انصراف تلك الأدلّه عن الحكم المستند إلى الشهاده المرجوع عنها فهو، وإلا ففى كون السبب أقوى من

المباشر لإثبات الغرم عليهم كفايه حتى لو فرض نقض الحكم. نعم مع نفوذ الحكم تترتب الآثار الاخرى، فتحرم اُخت الغلام الموطوء واُمه وبنته، وأكل البهيمه الموطوءه المأكوله، ويجب بيع غير المأكوله فى بلد آخر. . . إلى غير ذلك من الآثار والتوابع. . . وستعرف ذلك.

هذا، وقد يستدلّ للضمان بروايه جميل عن الصادق عليه السلام: « فى شاهد الزور. قال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (۱). فإنه يدلّ على ضمان الشاهد، لكن صدره يدل على نقض الحكم بعد الاستيفاء مع قيام العين، لأن الردّ على صاحبه يكون بنقض الحكم وإلا بقيت العين فى يد المشهود له وضمن الشهود، وهذا مخالف لما عليه المشهور، فإنهم يقولون بعدم النقض والضمان حتى مع بقاء العين (۲)كما سيأتى فى الصوره الرابعه، وهى الرجوع بعد الحكم والاستيفاء وعدم تلف العين.

الصوره الثالثه: أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء

وهو تاره حدّ، واخرى حق، والأوّل: منه ما يكون للّه تعالى محضاً ومنه: ما يكون للآدمى محضاً، ومنه: ما يكون مشتركاً.

فإن كان حدّاً، فقد اختار المحقق نقض الحكم فيه مطلقاً إذ قال: « فإن كان حدّاً للّه تعالى نقض الحكم، للشبهه الموجبه للسقوط، وكذا لو كان للآدمى كحدّ

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۷: ۳۲۷/۲. كتاب الشهادات، الباب ۱۱.

۲- ۲) أقول: ما المانع من تبعيض الخبر بأن نعمل بالذيل ونستدل به للمقام ونرفع اليد عن الصدر لمخالفهالمشهور على المبنى؟ فالأولى هو الجواب عنه بما فى الجواهر من أعميه الرجوع من شاهد الزور المعلوم كونه شاهد زور كما هو مفاد الخبر. .

القذف، أو مشتركاً كحد السرقه» (۱).

قلت: لا ينبغى الكلام فى سقوط حدّ اللّه المحض، والدليل عليه ما أشار إليه المحقق من تحقق الشبهه الموجبه للسقوط برجوع الشهود، وقد قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: « ادرأوا الحدود بالشبهات» (۲). ثم عطف عليه المحقق حدّ الآدمى المحض والحدّ المشترك بينه تعالى وبين الآدمى. . . والدليل على ذلك عموم الحديث لهذين القسمين أيضاً.

ولكن، إذا كان المقصود من « الشبهه» هو الشبهه بالنسبه إلى واقع الأمر، فإنها موجوده حتى مع عدم رجوع الشهود، لأن الشهاده قد تطابق الواقع وقد لا تطابقه، ولازمه عدم الحكم بشهاده من الشهادات إلا إذا كان الشاهد معصوماً، وإن كان المقصود منها الشبهه فى الحكم على أثر الرجوع مثلاً، بمعنى الشك فى وقوعه طبق الموازين الشرعيه، فإن إطلاقات أدلّه نفوذ الحكم والقضاء ترفع هذه الشبهه، وتقتضى نفوذ الحكم. إلا إذا كان الحكم فى حدّ لدليل « إدرأوا الحدود بالشبهات» وهو يعمّ الأقسام الثلاثه.

وكيف كان، ففى (الجواهر) إنه لا أجد فى شىء من ذلك خلافاً محققاً. قال: نعم، فى (القواعد) عبّر بلفظ الأقرب مشعراً باحتمال العدم، بل قال متصلاً بذلك: والإشكال فى حدود الآدمى أقوى (۳).

قلت: وفى (المسالك) : « وإن كانت فى حدّ للّه تعالى قيل: لم يستوف، لأنه مبنى على التخفيف، ويدرأ بالشبهه، وهى متحققه بالرجوع. وإن كان حق آدمى

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۲ ۱۴۳.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۸: ۴۷/۴. أبواب مقدمات الحدود، الباب ۲۴.

۳- ۳) قواعد الأحكام ۳: ۵۰۹، جواهر الكلام ۴۱: ۲۲۲.

أو مشتركاً فوجهان: من تغليب حق الآدمی، ووجود الشبهه الدارئه له فی الجمله، وهذا أولی، والمصنف جزم بالحکم فی القسمین استضعافاً للفرق» (۱).

ویمکن الاستدلال لعدم السقوط بمرسله جمیل، بناء علی أن المراد من « قضی علیه» فیه هو الأعم من الاستیفاء وعدمه، فیشمل ما نحن فیه وهو الرجوع بعد الحکم وقبل إجراء الحدّ. لکن دلیل « تدرأ الحدود بالشبهات» متقدّم بالحکومه علی المرسله وعلی أدلّه نفوذ الحکم لو لم نقل بانصرافها فی خصوص الحدّ کما ذکرنا.

فالأقوی ما ذهب إلیه المحقق.

وإن کان حقاً. . . فقد قال المحقق:

« وفی نقض الحکم فی ما عدا ذلک من الحقوق تردد» (۲).

أقول: یحتمل أن یکون مراده من « ما عدا ذلک من الحقوق» الآثار الشرعیه التی تترتب تبعاً للحکم بالحدّ، ویحتمل أن یکون مراده هو « الحق» فی مقابل « الحدّ» وهذا هو الأظهر.

ومنشأ تردد المحقق بناءاً علی الاحتمال الثانی ما ذکره الشهید الثانی حیث قال: « إن کانت الشهاده فی مال استوفی، لأن القضاء قد نفذ فیه ولیس هو مما یسقط بالشبهه حتی یتأثر بالرجوع. وفیه وجه آخر: إنه لا یستوفی، لأن الحکم لم یستقر بعد، والظن قد اختلّ بالرجوع» (۳). وکذا فی (کشف اللثام) (۴)لکن

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۹۷ ۲۹۸.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۳.
۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۹۷.
۴- ۴) کشف اللثام ۱۰: ۳۷۴.

ظاهرهما ترجيح الوجه الأوّل، ويدلّ عليه مرسله جميل.

ومنشأ تردده بناءاً على الإحتمال الأوّل دلاله المرسله على عدم النقض من جهه، ومن جهه أخرى: إن الرجوع يوجب الشك فى وقوع الحكم طبق الموازين، فكما ينقض بالنسبه إلى الحدّ كذلك ينقض بالنسبه إلى الآثار. هذا أوّلاً. وثانياً: إن الحدّ والآثار كليهما معلولان لعلّه واحده، فكيف التفكيك بينهما؟

والجواب: أما عن الأول: فبأن الآثار الاخرى عدا الحدّ ليس مما يسقط بالشبهه، فإن الدليل خص ذلك بالحدّ فقط.

وأما عن الثانى: فبأنه لا تلازم بين الأمرين، بل الحدّ والآثار التابعه حكمان شرعيّان، فلابدّ من امتثالهما، لأدلّه نفوذ حكم الحاكم، لكن الحكم قابل للتخصيص، وقد ورد المخصص فى خصوص الحدّ دون الآثار، فالحكم بالنسبه إليها باق على حاله.

فالأقوى عدم نقض الحكم إلا فى الحدّ.

ثم إن الآثار قد ذكرنا بعضها، وقد ذكر فى (القواعد) و (الجواهر) :

منها: آثار الشهاده بالردّه، فإن الحكم فى المحكوم بردّته إذا رجع الشهود قبل قتله يسقط، للشبهه، لكن تبقى قسمه ماله واعتداد زوجته قال فى (القواعد) وشرحه عدّه الوفاه إن كانت عن فطره، أو عدّه الطلاق لو كانت عن غير فطره (١).

ومنها: أثر الشهاده بالقتل، وهو القصاص، بناءاً على كونه من الحدود التى تدرأ بالشبهه، قال فى (القوعد) وشرحها: « لو رجعا قبل استيفاء القصاص فى النفس لم يستوف، احتياطاً فى الدماء، وهل ينتقل إلى الديه؟ إشكال، من الشهاده

ص:١٣٢٠

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٩، كشف اللثام ١٠: ٣٧٤ ٣٧٥.

بحق الآدمی ولما تعذر القصاص ثبت الدیه لأنها بدله، ولئلّا یطل دم امرئ مسلم. ومن أصل البراءه وأن الدیه لا تثبت فی العمد إلا صلحاً، وأن الرجوع عن الشهاده علیه أسقطه من أصله وإلا أوجب القصاص، فإن أوجبناها رجع بها علیهما أخذاً بإقرارهما» (۱).

قلت: أوّلاً: لیس القصاص من الحدود حتی یعمه دلیل الدرء.

وثانیاً: لو کان دلیل الإلحاق هو الإحتیاط فی الدماء، فلماذا لم تسقط آثار الحکم بالردّه إلحاقاً بسقوط القتل، مع أن المال والفرج مما یحتاط فیه کالنفس؟

وثالثاً: لو سلّم إلحاق القصاص بالحدود، فالأقوی هو الوجه الثانی، وهو عدم الإنتقال إلی الدیه، لما ذکره کاشف اللثام واختاره صاحب (الجواهر) (۲).

هذا، وفی (المسالک) : وینبغی إلحاق العقوبات کالقتل والجرح بالحدود والعقود والإیقاعات بالمال، لسهوله خطرها وترجیحاً لحق الآدمی، ویحتمل إلحاق النکاح بالحدود، لعظم خطره وعدم استدراک فائت البضع (۳).

فبالنسبه إلی « القتل والجرح» مثلاً قال: ینبغی الإلحاق، وبالنسبه إلی « النکاح» قال: یحتمل الإلحاق.

لکن فی (الجواهر) نسب إلیه احتمال إلحاق الثلاثه بالحدود (۴).

وکیف کان، فإنه یضعف: بأن ما ذکره وجهاً للإلحاق لا یصلح معارضاً للدلیل، لأن دلیل الدرء مخصوص بالحدود، وعظم خطر الامور المذکوره وإن کان

۱- ۱) قواعد الأحکام ۳: ۵۰۹، کشف اللثام ۱۰: ۳۷۵، جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۳.

۲- ۲) کشف اللثام ۱۰: ۳۷۵، جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۳.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۲۹۸.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۳.

صحیحاً لا یستوجب إلحاقها بالحدود، إلا مع القطع بالملاک.

الصوره الرابعه: أن یرجعا بعد الحکم وتسلیم المال إلی المحکوم له لکن عینه قائمه.

وفی هذه الصوره قولان. قال المحقق:

« أما لو حکم وسلم، فرجعوا والعین قائمه، فالأصح أنه لا ینقض ولا تستعاد العین. وفی النهایه: ترد علی صاحبها. والأول أظهر» (۱).

أقول: إن الحکم بعدم نقض الحکم فی صوره تسلیم المحکوم به إلی المحکوم له، أولی من الحکم به فی صوره عدم استیفائه له، وأما ضمان الشاهدین، فن الحکم المستند إلی شهادتهما أوجب خروج المال عن ملک المحکوم علیه، فهو کالتلف، نظیر الإلقاء فی البحر، ورجوع الشاهدین کالإقرار بالإتلاف، فهما ضامنان لهذا المال.

وهذا القول هو الأصح، وفاقاً للمحقق، بل المشهور، بل قیل: إن علیه عامه المتأخرین، بل والقدماء کما فی (الجواهر) (۲).

وذهب الشیخ فی (النهایه) إلی نقض الحکم وردّ العین علی صاحبها حیث قال: وإن کان رجوعهما بعد حکم الحاکم غرما ما شهدا به، إذا لم یکن الشیء قائماً بعینه، فإن کان الشیء قائماً بعینه ردّ علی صاحبه، ولم یلزما شیئاً (۳)، وقد تبعه علیه بعضهم.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۳.

۲- ۲) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۳.

۳- ۳) النهایه: ۳۳۶.

قال فی (الجواهر) : لا ـ لما ذکروه لهم من الوجوه الواضحه الفساد (۱)، بل لما عن جامع المقاصد من الروایه بذلک، بل قیل: یمکن أن تکون هی روایه جمیل عن الصادق علیه السلام: « فی شاهد الزور قال: إن کان الشیء قائماً بعینه ردّ علی صاحبه، وإن لم یکن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (۲).

وإن کان فیه ما لا یخفی (۳).

وفیه: إن النقض فی مفروض السؤال فی الخبر علی القاعده، لأن الحکم مستند إلی شهاده زور فهو ساقط، وإذا سقط والعین تالفه ثبت الضمان، من جهه قوه السبب علی المباشر، ولا یصلح هذا الخبر دلیلًا علی النقض فی محلّ الکلام وهو الرجوع عن الشهاده، فإنه لا یثبت من الرجوع کون الشهاده زوراً، بل یتردد الأمر بین صدق الشهاده الاولی والشهاده الثانیه.

وبما ذکرنا یظهر ما فی کلام (کشف اللثام) من اختیاره لهذا القول معلّلًا له بأن الرجوع کشف عن بطلان ما استند إلیه الحکم من الشهاده، لظهور کذبهم فی

۱- ۱) أقول: أما الوجوه، فقد ذکرها صاحب المستند وأجاب عنها وهذا نص عبارته: واستدلّ لهم بأن الحق ثبت بشهادتهما، فإذا رجعا سقط کما لو کان قصاصاً، ولأن الحکم دوامه یکون بدوام شهادتهما کما أن حدوثه کان بحدوثها. (قال) : والأول عین النزاع، والقیاس علی القصاص مع الفارق، لأن الشبهه فی القصاص مؤثره، والأخیر یصح لو قلنا بأن العله المبقیه هی العلّه الموجده، وهو غیر لازم (مستند الشیعه ۱۸: ۴۳۰) . وأما جامع المقاصد فلیس فیه کتاب الشهادات، ولعلّ المراد هو کتاب الجامع للشرائع. أنظر ص ۵۴۶ منه. وأما الاستدلال بخبر جمیل فهو فی الکفایه (کفایه الاحکام ۲: ۷۸۵) حیث استدلّ به لهذا القول معبراً عنه بالصحیحه، ثم قال: ولا یبعد ترجیح هذا القول. قال فی المستند: وهو کما قاله بعض مشایخنا المعاصرین غفله واضحه. . . فذکر ما قال صاحب الجواهر.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۲۷/۲. کتاب الشهادات، الباب ۱۱.

۳- ۳) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۴.

أحد القولين، والأصل براءتهم من الغرامه (۱). لأن المفروض هو التردد بين صدق الاولى والثانيه.

وأما مع العلم ببطلان الشهاده الاولى، فلا كلام فى النقض.

ص:۱۳۲۴

۱- ۱) کشف اللثام ۱۰: ۳۸۷.

المسأله الخامسه: (فی ما لو رجع الشهود وکان المشهود به قتلاً أو جرحاً)

قال المحقق قدّس سرّه: « المشهود به إن کان قتلًا أو جرحاً فاستوفی ثم رجعوا، فإن قالوا: تعمدنا أُقتص منهم، وإن قالوا: أخطأنا، کان علیهم الدیه، وإن قال بعض تعمدنا وبعض أخطأنا. . .» (۱).

أقول: المشهود به إن کان قتلًا أو جرحاً وکانت الشهاده جامعه للشرائط المعتبره، حکم الحاکم بالاستیفاء. . . ثم إذا رجع الشهود عن شهادتهم التی استند إلیها الحکم وکانوا السبب الواقعی لقتل المشهود علیه أو جرحه سئلوا عن شهادتهم الاولی:

فإن قالوا: تعمدنا الکذب، اقتص منهم (۲)، وذلک لما ذکرنا من قاعده قوه السبب علی المباشره، وفی (الکفایه) إنه المقطوع به فی کلام الأصحاب (۳).

وإن قالوا: أخطأنا، کان علیهم الدیه. وظاهر قول المحقق وغیره: « علیهم»

ص:۱۳۲۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۳.
۲- ۲) قال فی الجواهر هنا « إن أمکن» . وهو إشاره إلی أن عباره المحقق « اقتص» أعم من القتل والجرح، والقصاص فی الطرف وهو الجرح قد یمکن وقد لا یمکن، فإن أمکن اقتص وإلا انتقل إلی الدیه. وهذا معنی عباره المسالک: فإن قالوا تعمدنا فعلیهم القصاص أو الدیه فی موضع لا یقتص فیه من المتعمد موزعه علی ما هو مذکور فی الجنایات، وکذا فی المستند وغیره.
۳- ۳) کفایه الأحکام ۲: ۷۸۳.

هو كونها فى أموالهم، وبه صرح فى (الجواهر) (1).

أقول: أما الانتقال إلى الديه فلا كلام فيه، إنما الكلام فى أنه من الخطأ المحض أو أنه شبيه عمد؟

قال فى (المسالک) : « فإن قالوا أخطأنا، فعليهم الديه على ما يفصل فى قتل الخطأ» (2)وظاهره أنه من الخطأ المحض، وتبعه بعضهم كصاحب (کشف اللثام) حيث قال: « فعليهم الديه فى أموالهم، لأنه ثبت بإقرارهم، إلا أن تصدقهم العاقله» (3).

وقال صاحب (الجواهر) : لأنه شبيه عمد.

أقول: « الخطأ» هو وقوع « القتل» مثلاً بلا قصد منه إليه، كما لو رمى حيواناً فأصاب إنساناً وقتله.

و « شبه العمد» هو أن يكون قاصداً للقتل لكن يشتبه فى تطبيق من يقصد قتله فيقتل غيره، كمن حفر بئراً على طريق زيد قاصداً وقوعه فيها لأنه مهدور الدم فوقع فيها فمات، ثم ظهر كون المهدور دمه غير زيد.

و « العمد» هو القيام بهذه المقدّمات، مع عدم الإشتباه فى التطبيق والعلم بكونه معصوم الدم.

ففى « العمد» القصاص.

وفى « شبه العمد» الديه فى ماله.

وفى « الخطأ» الديه على العاقله.

1- 1) جواهر الكلام 41: 225.

2- 2) مسالک الأفهام 14: 300.

3- 3) کشف اللثام 10: 375.

فصاحب (الجواهر) يقول بثبوت الـديه فى مال الشـهود، لأنه شبيه عمد، وصاحب (كشف اللثام) يقول: بثبوتها فى أموالهم، لأن الخطأ قد ثبت بإقرارهم لا بالبينه والإقرار إنما يقبل إذا كان من المقرّ على نفسه، فلا يفيد لثبوتها على العاقله إلا إذا صدّقوهم.

فالكلّ متفقون على ثبوت الـديه فى أموالهم، إلا أن (كاشف اللثام) يقول بثبوتها فى أموال العاقله إن صدقتهم، وتحقيق المطلب فى محلّه إن شاء اللّه تعالى.

قال فى (الجواهر) : وكأن الوجه فى التمسك بقولهم: « تعمدنا» و « أخطأنا» أنه غالباً لا يعرف ذلك إلا من قبلهم (١).

قلت: كـأنه جواب سؤال مقـدّر هو: إنه كيف يقبـل منهم قولهم: « تعمّـدنا» أو « أخطأنا» ويرتب الأثر عليه، مع أن من الممكن أن يكون متعمداً فى الواقع ثم يدعى الخطأ؟

فالجواب: إن القصـد وعـدم القصـد أمران قلبيّان، لا يمكن إقامه البينه أو البرهان عليهما، فهما كبعض الأحكام المتعلقه بالنساء لا يعرفان إلا من قبل القاتل نفسه.

ثم ذكر رحمه اللّه فرعاً وهو: ما إذا رجعوا عن الشـهاده ومنع مانع من قول « تعمّـدنا» أو قول « أخطأنا» فلم يعرف الأمر من قبلهم، ولا طريق آخر لمعرفه ما إذا كانوا متعمدين فالقصاص أو مخطئين فالديه، فهل يلزم بالديه لأنه لا يبطل دم امرئ مسلم، أو يوقف الحكم حتى يعلم الحال، ولو بأن ينتقل القصاص على فرضه إلى الديه بموت ونحوه؟ وجهان.

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٥.

قال فی (الجواهر) : لا یخلو أولّهما من قوّه (۱).

لو قال بعض تعمدنا وبعض أخطأنا

قال المحقق: « وإن قال بعضـهم: تعمدنا. وبعض: أخطأنا، فعلی المقرّ بالعمد القصاص وعلی المقرّ بالخطأ نصـیبه من الدیه، ولولی الدم قتل المقرّین بالعمد أجمع، و ردّ الفاضل عن دیه صاحبه، وله قتل البعض ویردّ الباقون قدر جنایتهم» (۲).

أقول: قال فی (الجواهر) : کلّ ذلک لا خلاف فیه، بل لعلّ الإجماع بقسمیه علیه. واستدلّ له بأمور:

الأول: قاعده قوه السبب علی المباشره.

وهذه قاعده مسلمه (۳)عند العرف، فإنهم یرون الشاهد هو السـبب فی إحقاق الحق أو إضاعته، والحاکم والمباشر للأمر علی أثر حکمه معذوران عندهم.

وتؤید هذه القاعده النصوص الوارده فی موارد مختلفه.

الثانی: عمومات القصاص کقوله تعالی: «وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنٰا لِوَلِیِّهِ سُلْطٰاناً فَلاٰ یُسْرِفْ فِی اَلْقَتْلِ» (۴)بناءاً علی أن یکون له إطلاق.

الثالث: ما ورد فی کتاب القصاص من حکم المشترکین فی القتل عمداً وخطأ.

ص:۱۳۲۸

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۵.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۳.

۳- ۳) هذا إشاره إلی جواب مناقشه جامع المدارک فی کبری هذه القاعده ۶: ۱۵۹.

۴- ۴) سوره الإسراء ۱۷: ۳۳.

الرابع: نصوص المقام (۱)، ومنها:

١ - ابن محبوب عن بعض اصحابه: «عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی أربعه شهدوا علی رجل محصن بالزنا، ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل. قال: إن قال الراجع الرابع أوهمت ضرب الحد وأغرم الدیه، وإن قال: تعمدت قتل» (٢).

وقد اشتمل هذا الخبر علی وجوب الحدّ والدیه فی حال الخطأ، وکأن الحدّ للقذف، والدیه للقتل عن خطأ، وهذا مما لم یفت به. أما فی حال العمد، فقد حکم فیه بالقتل من دون تعرض للحدّ. واشتمال الخبر علی ما ذکرنا یوجب سقوط تلک الفقره منه إن لم یوجب سقوطه کلّه.

٢ - محمد بن قیس: «عن أبی جعفر علیه السلام قال: قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل شهد علیه رجلان بأنه سرق، فقطع یده، حتی إذا کان بعد ذلک جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق ولیس الذی قطعت یده إنما شبهنا ذلک بهذا. فقضی علیهما أن غرمهما نصف الدیه، ولم یجز شهادتهما علی الآخر» (٣).

ومعنی: «غرمهما نصف الدیه» أنه غرم کلّ واحد منهما نصف دیه الأصابع التی قطعها بشادتهما.

٣ - السکونی «عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام: فی رجلین شهدا علی رجل أنه سرق فقطعت یده، ثم رجع أحدهما فقال: شبّه علینا، غرما دیه الید من أموالهما خاصه. وقال فی أربعه شهدوا علی رجل أنهم رأوه مع امرأه یجامعها

١- ١) جواهر الکلام ٤١: ٢٢٥.

٢- ٢) وسائل الشیعه ٢٧: ٣٢٨/١. کتاب الشهادات، الباب ١٢.

٣- ٣) وسائل الشیعه ٢٧: ٣٣٢/١. کتاب الشهادات، الباب ١٤.

وهم ينظرون فرجم، ثم رجع واحد منهم. قال: يغرم ربع الديه إذا قال: شبه علی. وإذا رجع اثنان وقالا: شبّه علينا غرما نصف الديه، وإن رجعوا كلهم وقالوا: شبّه علينا غرموا الديه. فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعاً» (١).

۴ - إبراهيم بن نعيم: « سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن أربعه شهدوا على رجل بالزنا، فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته. قال: فقال: يقتل الرابع الراجع ويؤدى الثلاثه إلى أهله ثلاثه أرباع الديه» (٢).

دلّ على أن من أقر بالعمد يقتل، ويبقى البحث فى دلالته على وجوب ديته على الثلاثه الباقين، لا على ولى المقتول، وقد قال المجلسی: رحمه اللّه ظاهر الأصحاب والأخبار أن المؤدى للديه هو ولى الدم. . . .

وسيأتی تمام الكلام على هذا الخبر حيث يتعرض المحقق لفتوى الشيخ فی النهايه.

هذا وفی (المسالك) هنا ما نصه: « وكذا لو شهدوا بالردّه فقتل، أو على المحصن فرجم، أو على غير المحصن فجلد ومات منه، لكنه هنا يلزمهم الديه، لأنه عمد شبيه الخطأ، لقصدهم إلى الفعل المؤدّى إلى القتل» (٣).

وتوضيحه: أن الشهود إذا شهدوا على غير المحصن فجلد ومات من الجلد، فإنهم قد شهدوا بما يوجب الضرب، والضرب لا يؤدّى إلى الموت غالباً، فيكون حالهم حال المباشر الذی باشر الضرب بما لا ينتهی إلى الموت عاده فاتفق موت المضروب، فالحكم هو الديه، لأنه قد صدر الفعل عن عمد ولم يقصد القتل، فهو

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ١۴.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٩/٢. كتاب الشهادات، الباب ١٢.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١۴: ٣٠٠.

شبیه عمد.

لو قال أحد شهود الزنا بعد الرجم تعمدت

قال المحقق: « ولو قال أحد شـهود الزنا بعد رجم المشـهود علیه: تعمدت. فإن صدّقه الباقون کان لأولیاء الدم قتل الجمیع. . . أما لو لم یصـدّقه البـاقون لم یمض إقراره إلاـ علی نفسه فحسب. وقـال فی النهایه: یقتل ویردّ علیه الباقون ثلاثه أرباع الـدیه (۱). ولا وجه له» (۲).

أقول: ذکر المحقق رحمه اللّه لهـذا الفرع صورتین، فالاولی: أن یصـدق باقی الشـهود قول القائل منهم: « تعمدت» أی: أن یقولوا أیضـاً: تعمـدنا. هـذا معنی عباره المحقق وإن کانت غیر واضـحه فیه، وکـذا لو ادّعی تعمّـد الباقین مثله فصـدّقوه. ولو کان المراد تصـدیقهم إیـاه فی قـوله « تعمـدت» بمعنی علمهم الآـن بکـذبه فی تلـک الشـهاده، وأنهم لـو علموا بـذلک فی ذاک الحین لما شهدوا، کان علیهم الدیه ولا یقتلون.

والحکم فی هـذه الصوره هو: أن لأولیاء الـدم قتل جمیع الشـهود، ویردّون ما فضل عن دیه المرجوم، أی یؤدّون لورثه کلّ واحد منهم ثلاثه أرباع الدیه.

وإن شاء أولیاء الدم قتلوا واحداً من الشهود مع رضا الباقین، وحینئذ یردّ الباقون تکمله دیه المرجوم إلی ولی الدم بالحصص، بعد وضع نصیب المقتول.

وإن شاؤا قتلوا أکثر من واحد من الشهود، وعلی الأولیاء ردّ ما فضل عن

۱- ۱) النهایه: ۳۳۵.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۳.

دیه المرجوم إلی وراث المقتولین، وأکمل الباقون من الشهود ما یعوز بعد وضع نصیب المقتولین. فلو قتلوا اثنین منهم ردّوا علی ورّاثهم ثلاثه أرباع الدیه عن کلّ واحد، وعلی کلّ من الاثنین الباقیین ربع الدیه، یؤدّی إلی ورّاث المقتولین.

هذا هو الحکم. وفی (الجواهر) : لا إشکال فی شیء من ذلک ولا خلاف (۱). وفی (المسالک) : الضابط إن الشهاده متی أوجبت القتل سواء کان بسبب الزنا أو بسبب القصاص أو الردّه، فالحکم ما ذکر من جواز قتل المتعمد، وأخذ الدیه من الخاطی، وحکم الردّ مع زیاده المقتول علی ما یفصل فی بابه (۲).

والصوره الثانیه فی هذا الفرع: أن لا یصدّق الباقون قول القائل من الشهود « تعمدت» ، وفیها خلاف، فالمحقق رحمه اللّه قال: « لم یمض إقراره إلا علی نفسه فحسب» قال فی (المسالک) : لاختصاص حکم الإقرار بالمقرّ، فإن اختار الولی قتله ردّ علیه ثلاثه أرباع دیته، وإن اختار أخذ الدیه کان علیه الربع خاصه، لأنه إنما أقرّ بالشرکه فی القتل، وکذا لو قال: أخطأت.

وفی (المسالک) عن الشیخ فی (النهایه) : إن قال تعمدت قتل، وأدّی الثلاثه إلیه ثلاثه أرباع الدیه، وإن رجع اثنان وقالا: أوهمنا، اُلزما نصف الدیه، وإن قالا: تعمدنا، کان للولی قتلهما ویؤدّی إلی ورثتهما دیه کامله بالسویه بینهما، ویؤدّی الشاهدان الآخران إلی ورثتهما نصف الدیه. وإن اختار الولی قتل واحد قتله، وأدّی الآخر مع الباقین من الشهود علی ورثه المقتول الثانی ثلاثه أرباع الدیه (۳).

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۷.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۰۰.

۳- ۳) النهایه فی مجرّد الفتوی: ۳۳۵، بتفاوت.

(قال) : ووافقه ابن الجنيد (١).

قلت: عباره الشيخ مطلقه، فليس فيها قول الباقين « تعمدنا» أو « أخطأنا» أو ذكر لبقائهم على الشهاده، فهى بإطلاقها مخالفه لفتوى المشهور.

ومستند ما ذهب إليه كما فى (المسالك) و (الجواهر) حسنه إبراهيم بن نعيم المتقدمه، الصريحه فى أنه « يؤدى الثلاثه إلى أهله ثلاثه أرباع الديه» (٢)، وهو مطلق، أى سواء أقرّوا بالخطأ أو ثبتوا على شهادتهم، وأما لو أقرّوا بالتعمد جاز قتلهم كذلك.

فالخبر يدلّ على قول الشيخ، لكن من الممكن حمله على الإقرار بالخطأ، أو على صوره شبه العمد، لأنهم لو كانوا يعلمون بكذب الرابع لما شهدوا، وحيث رجع انكشف لهم، فهو شبيه عمد وعليهم الديه.

فإن تم هذا الحمل فهو، وإلا فالخبر معرض عنه وإن كان معتبراً سنداً، لمخالفته للأصل، فإن أحداً لا يلزم بإقرار غيره.

ومن هنا قال العلّامه بعد نقل قول الشيخ: « ليس بجيّد» (٣)وقال المحقق: « لا وجه له» .

وأما الإشكال فى الخبر: بأن الرجوع عن الشهاده لا يلازم كون الشهاده بالزور (۴). ففيه: إن جواب الامام عليه السلام يكشف عن كون تلك الشهاده

١- ١) مسالك الأفهام ١۴: ٣٠١، مختلف الشيعه ٨: ۵٢۵.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١۴: ٣٠١، جواهر الكلام ۴١: ٢٢٧.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ۵١٠.

۴- ۴) جامع المدارك ۶: ١۶٠.

زوراً.

فإن قيل: لما كان القاضی من قضاه الجور فإن الشهود كلّهم ضامنون، فيقتلون.

فإنه يجاب: بأن جواب الإمام عليه السلام منزّل على حكم الحاكم الذی يجوز الترافع إليه، مع أنه قد يتوقف إحقاق الحق على الرجوع إلی قاضی الجور، ومع التنزّل عن ذلك، فإنه لم يكن للشيعه مناص من إنفاذ حكم قضاه العامّه، فإن كانوا كاذبين فی شهادتهم ضمنوا، وإلا فقد شهدوا عند هذا القاضی لأجل إحقاق الحق، فلا ضمان، بل الضامن فی الواقع هو القاضی، أما الذی رجع عن شهادته فالقصاص جزاؤه.

والحاصل: إنه إن لم يرجع الباقون، فلا شیء عليهم، وإن رجعوا وقتل ولی الدم أكثر من واحد منهم، كان عليه فاضل الديه من ماله الخاص.

ولو قال: تعمدت الكذب وما ظننت قبول شهادتی فی ذلك ففی (القواعد) .

و (الجواهر) : فی القصاص إشكال (۱).

أی: من أنه كان يظن أن هذه الشهاده لا تقبل، فلا يقتل المشهود عليه بها، فهو غير قاصد لقتله، فلا عمد فلا قصاص، ومن أنه قد قتل المشهود عليه بشهادته، فهو السبب فيه فالقصاص.

واختار فی (القواعد) و (كاشف اللثام) وعن (المبسوط) أيضاً العدم (۲)، قال: لكنه شبيه عمد، لأنه قصد الفعل ولم يقصد القتل، فلا تجب إلا الديه مغلّظه. وخالف فی (التحرير) فاختار القصاص (۳)، لاعترافه بتعمد ما يقتل غالباً.

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۵۰۹، جواهر الكلام ۴۱: ۲۲۸.

۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۵۰۹، كشف اللثام ۱۰: ۳۷۶، المبسوط ۸: ۲۴۶.

۳- ۳) تحرير الأحكام ۵: ۲۸۵.

قلت: وهو مشكل. والتفصيل في محلّه.

وقال في (القواعد) : وكذا لو ضرب المريض لتوهمه أنه صحيح ما يتحمله الصحيح دون المريض فمات، على إشكال (1).

قلت: ووجه الاشكال ما ذكرنا.

قال (كاشف اللثام) : وفي التحرير والارشاد القصاص فيه، مع أن العلامه في الإرشاد استقرب في الفرع الأوّل الديه كما هنا. وكأن الفرق بالمباشره والتسبيب.

قال: وحاصل المسألتين: أنه إذا باشر أو سبب عمداً ما يقتل غالباً بظن أنه لا يقتل فقتل، فهل هو عمد أو شبيه عمد (2)؟

قلت: وظاهر عباراتهم أن الضمان على الشهود، لكن مقتضى القاعده ضمان المباشر، لأن الشهود إنما شهدوا بالزنا، والحاكم حكم بالحدّ، إلا أن المباشر ضربه وهو يراه مريضاً، فهو الضامن.

وفي (القواعد) : ولو صدّقه الباقون في كذبه في الشهاده أي إنه لم يشهد زناه لا في كذب الشهاده أي إن المشهود به واقع اختص القتل به، ولا يؤخذ منهم شيء (3).

قال كاشف اللثام: وإن اعترفوا بأنه لم يكن شهود الزنا بالحق متكامله، بل على الولي ردّ فاضل الديه (4).

واعترضه في (الجواهر) بقوله: لا يخلو من نظر مع علمهم بالحال من أوّل

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٩.
٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٣٧٦.
٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٥١٠.
٤- ٤) كشف اللثام ١٠: ٣٧٧.

الأمر (۱).

قلت: وهو فی محلّه، إلا إذا کانوا غافلین عن عدم حضور الرابع.

حکم ما لو شهدا بالعتق فحکم ثم رجعا

قال المحقق: « ولو شهدا بالعتق فحکم ثم رجعا، ضمنا القیمه تعمداً أو خطأ، لأنهما أتلفاه بشهادتهما» (۲).

أقول: إنما یضمنان قیمه العبد، لأن العتق بمنزله الإتلاف، وقد کانا السبب فی ذلک. وإذا رجعا لم یرجع رقّاً، وأما القیمه، فهی قیمه العبد فی وقت الحکم، لأنه وقت الإتلاف.

وظاهر کلماتهم عدم الخلاف، فی عدم رجوعه رقاً بالرجوع، قال فی (کشف اللثام) و (الجواهر) : خلافاً لبعض العامه، فردّه فی الرق. قال الثانی: ولا وجه له، لأصاله صحه الحکم (۳).

قلت: والأولی الاستدلال بأدلّه نفوذ الحکم.

ثم إنه لا ـ یفرق فی الإتلاف بین العامد والخاطئ، لأنهما أتلفا المال علی المالک علی کلّ حال بشهادتهما، والمال یضمن بالتفویت.

قال فی (المسالک) و (الجواهر) : ولا فرق بین أن یکون المشهود بعتقه قناً أو مدبراً أو مکاتباً أو أم ولد أو معلق العتق بصفه، خلافاً لبعض العامه فی اُم الولد

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۸.
۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۳.
۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۳۸۷، جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۹.

حیث قال: لا غرم (۱).

قلت: ولا وجه لقوله، لأن شهادته قد تسبب عتقها فی حال الموت ولدها فی حیاتها.

ولو کانت الشهاده علی تدبیر عبد ثم رجعا بعد الحکم، لم یغرم الشاهدان فی الحال، لأن الملک لم یزل ما دام المولی حیّاً، فإذا مات ولم یرجع عن تدبیره، فوجهان: من جواز الرجوع له متی شاء إلا أن یشهدا بالتدبیر منذوراً، بأن یکون قد قال مثلاً: للّه علی إن برىء ولدی من مرضه أن یکون عبدی فلان حرّاً بعد وفاتی، فإن النذر بهذه الصّوره یمنعه من الرجوع. ومن أنهما السبب فی العتق، وأنه لا یجب علی المولی الرجوع وإن جاز له.

اختار الشهید الثانی الغرامه (۲)، وکاشف اللثام العدم (۳)، قال فی (الجواهر) : ولعلّه الأقوی.

قلت: والوجه فی ذلک هو: إن التدبیر یقتضی الحریّه بعد الموت، والمانع هو رجوع المولی، فإذا لم یرجع أثّر المقتضی أثره، ونسب الإتلاف عرفاً إلی المولی لا الشاهدین، نظیر ما لو أبلغ الرجل سارقاً إلی دارٍ للسرقه، فدخلها السارق ومکّنه صاحب الدار من السرقه مع إمکان دفعه له، فإنه هو المقصّر عند العرف لا الرجل المزبور.

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۰۲، جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۹.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۰۲.

۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۳۸۸.

ولو مات المولى ولم يرجع، وقد رجع الشاهدان عن شهادتهما بعد موته، ففى (المسالک) و (الجواهر) : أغرما للورثه (۱).

قلت: فإن قيل: ان هذا المال يخرج عن ملک المولى بمجرّد موته، لأن المفروض هو التدبير وعدم الرجوع منه، وإذ ليس من ملکه، فلا تشمله ضابطه كلّ ما ترک الميت من مال أو حق فهو لورثته، فهو ليس للورثه حتى يغرما لهم.

قلت: إن ثبوت الغرم هو من جهه أنه لو كان هذا المال باقياً فى ملک المولى لانتقل إلى ورثته بموته، لکن السبب فى تلفه هو الشاهدان، فهما المتلفان لما كان ينتقل إليهم، فعليهما الغرم لهم.

هذا فيما لو شهدا على التدبير ورجعا.

وأما لو شهدا بكتابه عبده وفى الكتابه يخرج العبد عن سلطنه المولى، وليس للمولى الرجوع عن الكتابه، بخلاف التدبير، وليس الكتابه بيعاً، بأن يبيع المولى العبد من نفسه، إذ لا عرفيه لذلک، بل هى معامله مستقلّه ثم رجعا، فإن عجز و ردّ فى الرق فلا شیء عليهما، لأنهما لم يفوّتا شيئاً، كما فى (القواعد) و (كشف اللثام) و (الجواهر) (۲).

وهل مجرد العجز موجب للرق أو هو ورجوع المولى؟ وجهان، والأظهر الأوّل.

قال فى (الجواهر) : نعم فى (التحرير) : يحتمل أن يقال: عليهما ضمان أجره مدّه الحيلوله إن ثبتت، وجزم به فى (المسالک) (۳)

۱- ۱) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۰۲، جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۹.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۵۱۳، کشف اللثام ۱۰: ۳۸۸، جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۹.

۳- ۳) تحرير الأحکام ۵: ۲۸۹، مسالک الأفهام ۱۴: ۳۰۳، جواهر الکلام ۴۱: ۲۲۹.

قلت: أي: لا- يضـمنان غيرهـا شـيئاً، وشـهادتهما وإن أوجبت عيباً فى الملك ونقصت من قيمته، وكان عليهما بـذل تفاوت القيمه أيضاً، لكن رجوعه إلى الرقيه بالعجز رافع للعيب، وذلك مسقط للضمان، فليس عليهما إلا بدل الحيلوله. هذا كلامهم.

وفيه إشكال، ولا سيما وأنه ينافى ما سيذكر عنهم من الفتوى بعدم استعاده الغرامه فى الفرع الآتى. هذا إن عجز.

وإن أدّى وعتق، ضـمن الشاهـدان جميع قيمه العبد وفاقاً للقواعد والمسالك والجواهر (۱)، لأنهما فوّتاه على المولى بشـهادتهما، وما قبضه السيد من كسب عبده لا يحسب عليه لأنه ماله.

واحتمل جماعه: أن لا يضمنا إلا ما زاد من قيمته على النجوم إن زادت، بناءاً على أن المكاتبه بيع للمملوك من نفسه بالنجوم.

ولكن قد أشرنا إلى ضعف هذا المبنى.

ولو أراد تغريمهما قبل انكشاف الحال أى حال العجز أو القـدره على أداء النجوم غرما ما بين قيمته سـليماً أو مكاتباً، من جهه أن المكاتبه تحدث فيه عيباً، ولا يستعاد من المولى ما أخذه منهما لو استرق، لزوال العيب بالرجوع، وهو فعل المولى لا فعلهما.

والحاصـل: إن العيب مستند إلى شـهادتهما فيغرمـان، ورفعه غير مسـتند إليهمـا حـتى تسـتعاد الغرامه، فلا- تسـتعاد وفاقـاً للقواعد والجواهر (۲).

هذا لو كانت الكتابه مشروطه، بمعنى عدم تحرر شىء منه حتى يدع القيمه

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۵۱۳، مسالك الأفهام ۱۴: ۳۰۳، جواهر الكلام ۴۱: ۲۲۹.

۲- ۲) قواعد الأحكام ۳: ۵۱۳، جواهر الكلام ۴۱: ۲۲۹.

كلّها فيتحرر كلّه، فی مقابل الكتابه المطلقه، بمعنی انعتاقه بأزاء ما يؤديه من النجوم.

فلو شهدا بالكتابه المطلقه جاء فيها ما ذكر فی الشهاده بالمشروطه: من الضمان لما ينعتق منه بأزاء ما يؤديه من النجوم، ومن احتمال ضمان ما زاد من قيمه الشقص علی ما يؤديه منها وقد عرفت ضعف مبناه ومن احتمال التحرير لضمان أجره الحيلوله إن كانت، ومن أن للمولی تغريم الشاهدين قبل انكشاف الحال ما بين قيمته سليماً ومكاتباً.

ولو شهدا أنه أعتقه علی مال هو دون القيمه، فحكم الحاكم، اعتق العبد وملك المولی المال لأنه يؤدی من كسبه، وضمن الشاهدان القيمه.

ولو شهدا أنه وقفه علی مسجد أو جهه عامه، فكالعتق، ولا يرد الوقف بالرجوع.

والأمه إن استولدت لا تباع إلا أن يموت ولدها، فلو شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا فی حياه المولی، غرما ما نقصته الشهاده من قيمتها، ولا تستعاد الغرامه من المولی إن مات الولد، لأنه ارتفاع عيب بفعله تعالی.

أما لو قتلا ولدها، فهل لهما الرجوع فی الغرامه؟ فی (كشف اللثام) و (الجواهر) احتمال (1). أی: لارتفاع العيب بفعلهما حينئذ، ولكنه مشكل. واللّه العالم.

ص:۱۳۴۰

۱- ۱) كشف اللثام ۱۰: ۳۸۸، جواهر الكلام ۴۱: ۲۳۰.

المسأله السادسه: (فی بعض أحکام شهاده الزور)

قال المحقق: « إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور نقض الحکم واستعید المال، فإن تعذر غرم الشهود، ولو کان قتلاً ـ ثبت علیهم القصاص وکان حکمهم حکم الشهود إذا أقرّوا بالعمد. ولو باشر الولی القصاص واعترف بالتزویر لم یضمن الشهود، وکان القصاص علی الولی» (۱).

أقول: إذا ثبت عند الحاکم أن الشهود الذین حکم بشهادتهم قد شهدوا بالزور، نقض الحکم، لانکشاف اختلاف میزان الحکم، بل هو أولی بالنقض من تبین فسق الشهود. وحینئذ، فإن کان مورد الحکم مالاً استعید إلی المشهود علیه، فإن تعذر إعادته إلیه، غرم الشهود، لأنهم هم السبب فی تلفه علی مالکه (۲)، ویدلّ علیه مع ذلک نصوص منها:

۱ - جمیل عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « فی شاهد الزور قال: إن کان الشیء قائماً بعینه ردّ علی صاحبه، وإن لم یکن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (۳).

ص:۱۳۴۱

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۳.

۲- ۲) أقول: لکن هذا لا ـ ینفی ضمان المحکوم له العالم بالحال، فهو ضامن أیضاً کالشهود، وللمشهود علیه الرجوع إلی أی الطرفین شاء.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۲۷/۲. کتاب الشهادات، الباب ۱۱.

۲ – محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « فی شاهد الزور ماتوبته؟ قال: یؤدّی من المال الذی شهد علیه بقدر ما ذهب من ماله. . .» (۱).

وإن کان مورد الحکم قتلاً، فقتل المشهود علیه، ثبت القصاص علی الشهود – إن کان المباشر لا یعلم بکونها شهاده زور. وذلک لأن حکم الشهود فی هذه الحال حکمهم إذا رجعوا وأقرّوا بالعمد، الذی قد عرفت ثبوت القصاص علیهم فیه دون المباشر.

وأما لو باشر الولی القصاص، ثم اعترف بکون الشهاده التی أقامها شهاده زور، لم یضمن الشهود وکان القصاص علی الولی خاصه، لکونه هو السبب فی القتل، ومن هنا أیضاً یکون علیه الدیه لو باشر القصاص واعترف بالخطأ.

ولو رجع مع الشهود، فهل علیه القصاص فقط کذلک أو یکون معهم کالشریک فیقتص منهم جمیعاً؟ وجهان: من أنه المباشر وهم معه کالممسک مع القاتل، ومن أنهم متعاونون معه علی القتل ولیسوا کالممسک مع القاتل، فإنهم قد صوّروه بصوره المحقّین، فعلیهم جمیعاً القصاص أو الدیه منصّفه بالحساب.

والأجود هو الأول، تبعاً لصاحبی (المسالک) و (الجواهر) .

۱– ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۲۷/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱۱.

المسأله السابعه: (حکم ما لو شهدا بالطلاق ثم رجعا)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا، فإن کان بعد الدخول لم یضمنا، وإن کان قبل الدخول ضمنا نصف المهر المسمی، لأنهما لا یضمنان إلا ما دفعه المشهود علیه بسبب الشهاده» (۱).

أقول: فی الشهاده بالطلاق ثم الرجوع عنها، ذکر المحقق رحمه اللّه صورتین، احداهما: أن تکون الشهاده بعد الدخول، والثانیه أن تکون قبله.

والمقصود بالبحث فی هذه المسأله هو الضمان، وأما حکم الحاکم فلا ینتقض برجوع الشاهدین، لأن قولهما فی الرجوع محتمل، فلا یردّ القضاء المبرم بقول محتمل.

وثبوت الضمان وعدمه فی هذه المسأله مبنی علی أن البضع هل یضمن بالتفویت، کما لو فوّت الشخص منافع أجیر لغیره بحبس ونحوه، أم لا یضمن، کما لو فوّت منافع الحرّ بحبسه، فإنه لا یضمن له شیئاً؟ قال المشهور بالثانی، وعلی هذا، فلو قتلها الزوج أو قتلت هی نفسها لم یضمن بضعها، وکذا لو غصب أمه وماتت فی ید الغاصب، یضمن بذلک قیمه الأمه وقیمه منافعها وإن لم یستوفهادون بضعها مع عدم استیفائه.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۴.

وقيل: بالأوّل، لأن البضع متقوّم بالمال، ومن ثم، لو استوفاه مستوف ضمن بقيمته، وهی مهر المثل.

فعلی المشهور يأتی التفصيل الذی ذكره المحقق قدّس سرّه، لأنه إن كانت الشهاده بعد الدخول من الزوج لم يضمن الشاهدان شيئاً، لاستقرار المهر بالدخول، قال فی (الجواهر) : خصوصاً إذا كان الطلاق رجعياً وقد ترك الرجوع باختياره، للأصل، ولأنهما لم يفوّتا عليه إلا منفعه البضع، وهی لا تضمن بالتفويت (١).

وإن كانت قبل الدخول ضمنا للزوج نصف المهر المسمی لها.

وعلّله فی (المسالك) بقوله: « لأنهما ألزماه به وقد كان بمعرض السقوط بالردّه والفسخ من قبلها» (٢).

ولكنه تعليل غير واضح، لأن كونه فی معرض السقوط لا يوجب عدم الضمان، وإلا فإن كلّ مال يتلفه الإنسان من غيره هو فی معرض السقوط عن الماليه والخروج عن الملكيه، فيلزم أن لا يثبت ضمان مطلقاً.

وكيف كان، ففی (الجواهر) : لا خلاف أجده فی شیء من ذلك إلا ما يحكی عن الشيخ فی (النهايه) ، قال: « إن شهد رجلان علی رجل بطلاق امرأته فاعتدت وتزوجت ودخل بها ثم رجعا، وجب عليهما الحدّ، وضمنا المهر للزوج الثانی، وترجع المرأه إلی الأول بعد الإستبراء بعدّه من الثانی» (٣)(۴).

١- ١) جواهر الكلام ۴١: ٢٣١.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١۴: ٣٠۵.

٣- ٣) النهايه: ٣٣۶.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴١: ٢٣٢.

قال فی (المسالک) : واستند الشیخ فی ذلک إلی موثقه إبراهیم بن عبد الحمید عن أبی عبد اللّه علیه السلام: « فی شاهدین شهدا علی امرأه بأن زوجها طلّقها، فتزوّجت، ثم جاء زوجها فأنکر الطلاق. قال: یضربان الحدّ ویضمنان الصداق للزوج، ثم تعتدّ، ثم ترجع إلی زوجها الأول» (۱)(۲).

واحتمل فی (الجواهر) استناده إلی خبر محمد بن مسلم عن الباقر علیه السلام: « فی رجلین شهدا علی رجل غائب عن امرأته أنه طلّقها، فاعتدّت المرأه وتزوّجت، ثم إن الزوج الغائب قدم فزعم أنه لم یطلّقها، وأکذب نفسه أحد الشاهدین. فقال: لا سبیل للأخیر علیها، ویؤخذ الصداق من الذی شهد ورجع، فیردّ علی الأخیر، ویفرّق بینهما، وتعتدّ من الأخیر، وما یقربها الأول حتی تنقضی عدّتها» (۳)(۴).

ثم أجاب فی (الجواهر) عن موثق إبراهیم بن عبد الحمید بوجهین: أحدهما: إنه خال عن رجوع الشاهدین أو أحدهما، وحینئذ یشکل ضربهما الحدّ. والثانی: إنه یشکل نقض الحکم بمجرد إنکار الزوج. ثم (قال) : فهو حینئذ شاذ غیر موافق لما سمعته من الشیخ رحمه اللّه ولا من غیره (۵).

قلت: الظاهر إن السؤال عن قضیه شخصیه لا عن حکم کلّی، ولیس فی الخبر ذکر من سؤال الإمام علیه السلام عن الرجوع، وهل کانا متعمّدین فی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۰/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱۳.

۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۰۶.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۱/۳. کتاب الشهادات، الباب ۱۳.

۴- ۴) جواهر الکلام ۴۱: ۲۳۲.

۵- ۵) جواهر الکلام ۴۱: ۲۳۲.

شهادتهما أو عن خطأ؟ لكن حكمه عليه السلام بالحدّ والقضيه شخصيّه دليل المفروغيه بينه عليه السلام وبين الراوى عن كونهما متعمدين، وإلاـ لما حكم بضربهما الحدّ، ولعلّه حدّ القياده، أو أن المراد هو التعزير. وحينئذ، لاـ مانع من نقض الحكم، لتبين اختلال ميزان الحكم، فلا وجه لطرح الخبر بما ذكره صاحب (الجواهر) (۱).

ثم إنه رحمه اللّه حمل الخبر على تزويجها بالشهاده من غير حكم، قال: وحمله على ما ذكره الشيخ ليس بأولى من حمله على تزويجها بشهادتهما من دون حكم حاكم، ثم لما جاء الزوج رجعا عن الشهاده، واعترفا بأنهما شهدا زوراً، فلا يكون به دلاله حينئذ على ما ذكره (۲).

أقول: وهذا الحمل صحيح، لعدم التعرض فى الخبر للحكم، وأما الحدّ فوجهه ما احتملناه.

وعباره الشيخ أيضاً خاليه عن الحكم، ولذا جعل العلامه فى (المختلف) ما ذكر بالنسبه إلى الخبر محملًا لقول الشيخ أيضاً (۳). لكن فى (الجواهر) : « فيه ما فيه» . وكأنه إشاره إلى قول الشهيد الثانى: وليس بجيّد، فإن الشيخ استند إلى الروايه وعمل بظاهرها، فلا تأويل فى كلامه (۴).

هذا كلّه بالنسبه إلى موثقه إبراهيم بن عبد الحميد.

۱- ۱) ولعله لذا لم يشكل صاحب المسالك فى الخبر بذلك، بل اكتفى بالجواب عنه بقوله: « والروايه ضعيفه بإبراهيم، فإنه واقفى وإن كان ثقه» لكن هذا إنما يتم على مسلكه الذى لم يوافق عليه إلا القليل، كما فصل فى محلّه، ثم إنه رحمه اللّه ذكر حمل الروايه على ما لو تزوّجت بمجرد الشهاده من غير حكم الحاكم، وقد ذكر هذا الحمل جماعه منهم المحقق نفسه فى النافع (المختصر النافع: ۲۸۳) .

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۳۲ - ۲۳۳.

۳- ۳) مختلف الشيعه ۸: ۵۲۷.

۴- ۴) مسالك الأفهام ۱۴: ۳۰۶.

وأما الجواب عن صحيحه محمد بن مسلم، فهو أنها قضيه فى واقعه كذلك، ولم يرد فيها الحكم بالحدّ، وهذا كاشف عن علمه عليه السلام بخطأ الشاهدين فى الشهاده، فهى محموله على هذا المحمل.

هذا، والغائب يحكم عليه، ولكن الغائب على حجته، ومعنى ذلك أن حكم الحاكم محدود، وينتهى أمده بحضور الغائب وإقامته الحجه.

هذا، والذى يسهل الخطب ندره العامل بالخبرين، وإعراض المشهور عنهما، وقد تقرّر عندنا أن إعراض المشهور موهن، ولا سيما وأن الشيخ نفسه لم يفت بهما فى (المبسوط) ، حيث قال ما نصه:

« وأما إن شهدا بالطلاق ثم رجعا لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعد الدخول فعليهما مهر مثلها عند قوم، وقال آخرون: لا ضمان عليهما وهو الأقوى عندى، لأن الأصل براءه ذمتهما. وإذا شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا، فإن الحكم لا ـ ينقض، وعليهما الضمان عند قوم. وكم يضمنان؟ قال قوم: كمال المهر، وقال آخرون نصف المهر وهو الأقوى، ومن قال بهذا منهم من قال نصف مهر المثل، ومنهم من قال نصف المسمى، وهو الأقوى عندنا، ومنهم من قال: إن كان المهر مقبوضاً لزمهما كمال المهر، وإن لم يكن مقبوضاً لزمهما نصف المهر، والفصل بينهما إذا كان مقبوضاً غرمه كلّه لا يسترد شيئاً منه، لأنه معترف لها به لبقاء الزوجيه بينهما، فلما حيل بينهما رجع بكلّه عليهما، وليس كذلك إذا كان قبل القبض، لأنه لا يلزم إلا إقباض نصفه، فلهذا رجع بالنصف عليهما وهذا قوى (١).

ص:١٣٤٧

---

١ – ١) المبسوط ٨: ٢٤٧. وقال فى الخلاف (كتاب الخلاف ٦: ٢٢٢ المسأله ٧٧) : « إذا شهد شاهدان على طلاق امرأه بعد الدخول بها، وحكم الحاكم بذلك، ثم رجعا عن الشهاده، لم يلزمهما مهر مثلها ولا شيء منه. دليلنا: أن الأصل براءه الذمه، فمن أوجب عليهما شيئاً فعليه الدلاله. وأيضاً: ليس خروج البضع عن ملك الزوج له قيمه، بدلاله أنه لو طلق زوجته فى مرضه لم يلزم مهر مثلها من الثلث، كما لو أعتق عبده أو وهبه، فلما بطل ذلك ثبت أنه لا قيمه له، وكان يجب أيضاً لو كان عليه دين يحيط بالتركه فطلّق زوجته فى مرضه، أن لا ـ ينفذ الطلاق كما لا ينفذ العتق والعطاء، فلما نفذ طلاقه ثبت أنه لا قيمه له، لخروجه عن ملكه، فإذا ثبت أنه لا ديه له لم يلزمه ضمان كما لو أتلفا عليه ما لا قيمه له. المسأله ٧٨: إذا شهدا عليه بالطلاق قبل الدخول بها ففرق الحاكم بينهما ثم رجعا، غرما نصف المهر، وبه قال أبو حنيفه، وللشافعى فيه قولان. . . دليلنا: إنه إذا حيل بينهما قبل الدخول لزمه نصف المهر، فوجب أن لا يرجع عليهما إلا بقدر ما غرم. وأيضا: الأصل براءه الذمه، وما ألزمناهما مجمع عليه، وما زاد عليه ليس عليه دليل. وأيضاً: فإنه إذا طلقها قبل الدخول بها عاد إليه نصف الصداق، فلو قلنا يرجع عليهما بكل المهر حصل له مهر ونصف، وذلك باطل.

والحاصل: إن الخبرين إما مطرحان وإما مؤولان، وأن الحكم لا ينقض، وأنه لا ضمان على الشاهدين مع دخول الزوج، وأما ضمانهما نصف المهر إن كان شهادتهما قبل الدخول، فهو صريح المحقق والعلامه فى (القواعد) وغيرهما (۱). ولم يذكر أحد منهم دليلاً تطمئن إليه النفس لضمان الشاهدين نصف المهر حينئذ (۲).

ص:۱۳۴۸

---

۱ - ۱) قواعد الأحكام ۳: ۵۱۱، مسالك الأفهام ۱۴: ۳۰۵.

۲ - ۲) أقول توضيحاً للمسأله وتحريراً لمواضع الخلاف فيها: أولاً: إنه قد اختلفت عبارات الأصحاب فى عنوان هذه المسأله، فالمحقق فى المتن يقول: « إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا، فإن كان بعد الدخول لم يضمنا، وإن كان قبل الدخول ضمنا له نصف المهر المسمى، لأنهما لا يضمنان إلا ما دفعه المشهود عليه بسبب الشهاده» هذه عبارته، ولا تعرّض فيها لحكم الحاكم ولا لخلاف للشيخ، مع أن من عادته التعرض لأقوال الشيخ كما هو معلوم. وفى النافع (المختصر النافع: ۲۸۳) يقول: « لو شهدا بطلاق امرأه فتزوجت ثم رجعا، ضمنا المهر وردت إلى الأول بعد الاعتداد من الثانى. وتحمل هذه الروايه على أنها نكحت بسماع الشهاده لا مع حكم الحاكم، ولو حكم لم يقبل الرجوع» . فتراه يورد أولاً مضمون صحيحه محمد بن مسلم فيحملها على المحمل المذكور، ثم ينصّ على أنه لو حكم الحاكم لم يقبل الرجوع، ولا تعرض فى كلامه لحكم الضمان. والعلامه فى التحرير (تحرير الأحكام ۵: ۲۸۶) يقول: « لو شهدا بطلاق امرأه رجعا أو رجع أحدهما قبل الحكم بطلت شهادتهما وبقيت على الزوجيه، وإن رجعا بعد الحكم، فإن كان ذلك قبل الدخول. .» . فتراه يفصّل فى العنوان بين الرجوع قبل الحكم والرجوع بعده، ويجعل التفصيل بين ما إذا كان بعد الدخول أو قبله متفرعاً على الصوره الثانيه، ومن هنا أضاف فى المسالك والجواهر قيد « وحكم به الحاكم» إلى عباره الشرائع. فيكون عنوان هؤلاء للمسأله هو: رجوع الشاهدين بعد الحكم بشهادتهما بثبوت الطلاق عن الشهاده. أما الشيخ، فقد أوردنا عباراته فى النهايه والخلاف والمبسوط، وكذلك أوردها العلامه فى المختلف (مختلف الشيعه ۸: ۵۲۵ ۵۲۶) ، والملاحظ أن عنوانه للمسأله فى الخلاف والمبسوط يختلف عما هو فى النهايه، أما فى الكتابين فقد تعرض ل « حكم الحاكم» وأما فى النهايه فجاءت عبارته مطابقه للنص كما هو حال هذا الكتاب غالباً والنص إما صحيحه محمد بن مسلم وإما موثقه إبراهيم بن عبد الحميد، وكلاهما خال عن « الحكم» ، بل المراد تزوج المرأه بشهادتهما ثم رجوعهما عن الشهاده وقد تزوجت بزوج آخر، والخبران ظاهران فى هذا، وقد أفتى المحقق فى النافع بهما كما علمت. فظهر أن الشيخ غير مخالف فى النهايه فى مفروض القوم، وما فى الجواهر من قوله: « بلا خلاف أجده فى شيء من ذلك إلا ما يحكى عن الشيخ فى النهايه. . .» فى غير محلّه. بل تلك مسأله أخرى. كما ظهر أن عباره النهايه والخبرين ظاهره فى تلك المسأله، ولا حاجه إلى حملها عليها. ثم، إنه قد نسب إلى الكلينى والصدوق والقاضى والحلبى موافقه الشيخ فيما عنونه وذهب إليه فى النهايه، فالخبران معمول بهما عند قدماء الأصحاب لا معرض عنهما، وقد عرفت عباره المحقق فى النافع. ثم إنى بعد أن كتبت هذا، راجعت مبانى تكمله المنهاج فوجدته دام ظله قد عنون فى متنه المسأله بقوله: « إذا أنكر الزوج طلاق زوجته وهى مدعيه له، وشهد شاهدان بطلاقها، فحكم الحاكم به ثم رجعا وأظهرا خطأهما فإن كان بعد الدخول. . .» ثم عنون مسأله النهايه بقوله: « إذا شهد شاهدان بطلاق امرأه زوراً، فاعتدت المرأه وتزوجت زوجاً آخر مستنده إلى شهادتهما، فجاء الزوج وأنكر الطلاق. . .» واستدلّ على الحكم فيها بموثقه إبراهيم بن عبد الحميد واصفاً إياها بالصحيحه على مبناه. وثانياً: إن الحكم بعدم انتقاض الحكم برجوع الشاهدين بعده غير صاف عن الإشكال، ففى الكفايه: وإن رجعا بعد حكم الحاكم بالمفارقه فالمقطوع به فى كلامهم أنه لا ينتقض الحكم بل

يثبت الطلاق، لأنه ثبت بالبينه المقبوله وحكم به الحاكم بالقضاء المبرم، فلا يبطل بمجرد رجوع الشهود المحتمل للصحه والفساد، فإن الثابت بدليل شرعى لا ينتقض إلا بدليل شرعى. قال: وفى التعليل تأمل (كفايه الأحكام ٢: ٧٨٣) . بل قال فى المستند (مستند الشيعه ١٨: ٤٢٦) بناءاً على ظهور الخبرين فى انتقاض الحكم كما ذكر القوم، ولذا قالوا بأنهما مخالفان للقواعد المحكمه « أى دليل شرعى أقوى من الصحيح والموثق، الموافقين لفتوى جمع من أساطين القدماء، وغير المخالفين لفتوى جمع من المتأخرين، حيث ترددوا فى المسأله مع نقل أقوال أخر فيها أيضاً عن جماعه؟ وهل يطلق على مثل ذلك الحديث الشاذ النادر؟ وهل ذلك الدليل أضعف من حديث درء الحدود بالشبهات الذى نقضوا به الحكم المبرم فى الحدود كما مرّ؟ مع أنه يمكن الكلام فى تعيين الشبهه وصدقها فى المورد. ولعلّه من هنا قال فى جامع المدارك (جامع المدارک ۶: ۱۶۱) : إن ما فى المتن من أنه إذا كان ما ذكر بعد الحكم لم يقبل الرجوع مشكل جداً، حيث أن النكاح ليس من قبيل الأموال، فإن المحكوم عليه فيها مع قطعه بأن الحكم على خلاف الواقع لابدّ له من التسليم فى الظاهر، والمرأه كيف يجوز لها أن تمكّن نفسها للأجنبى، بل يشكل تسليم من حكم عليه بالقتل نفسه للقتل مع رجوع من شهد، بل مع عدم الرجوع وكون المحكوم عليه غير مستوجب للقتل. وثالثاً: ما ذهب إليه المحقق فى المتن من وجوب نصف المهر على الشاهدين إن كانت شهادتهما قبل دخول الزوج، منسوب إلى الأكثر فى المستند وإلى المشهور فى مبانى التكمله، لكنه غير خال عن الإشكال، فالعلامه فى التحرير (تحرير الأحكام ۵: ٢٨٧) وإن وافق عليه بالتالى إلا أنه أشكل عليه بقوله: عندى فى هذه المسأله إشكال، ينشأ من كون الرجوع انما يثبت على الشاهد فيما يتلفه بشهادته، ووجوب نصف المهر قبل الدخول أو المهر بعده لم يتلف من الزوج شيئاً، لأنه واجب عليه، سواء طلق أو لم يطلق. . . . وصاحب الجواهر ظاهره التردد فيه، قال فى المستند: وهو فى موقعه جدّاً، للزوم النصف بمجرد العقد وتلفه به، سواء كانت باقيه على التزويج أو حصل موت أو طلاق، فلم تتضمن الشهاده اتلافاً. . . وتوجيه الإتلاف بأنه كان فى معرض السقوط بالرده أو الفسخ من قبلها فكأنه لم يكن لازماً ولزم باقرارهما. نادر جداً، لأن مجرد ذلك الاحتمال العقلى الذى لا يلتفت إليه عقل سليم لا يصدق الاتلاف الموجب للضمان عرفاً، بل غايته احتمال اتلاف ضعيف غايته، وهل يترك أصل البراءه التى هى القاعده المجمع عليها المدلول عليها كتاباً وسنه بمثل ذلك الاحتمال؟ فإن قلت: إلزام ما هو محتمل السقوط ولو بالاحتمال الضعيف أيضاً ضرر عليه. قلنا: لو سلّم ذلك فاللّازم ضمان ما يصلح أن يكون بأزاء ذلك الضرر عرفاً وقيمه له، لا نصف الصداق، مع أنها قد تكون قد أبرأته عن النصف، أو تصالحه بشىء قليل بعد الصداق، فالقول بضمان نصف الصداق مشكل. وتوهّم الاجماع المركب فيه بعد وجود أقوال شتى فى المسأله ولو كان بعضها ضعيف المأخذ فاسد، والأصل يحتاج رفعه إلى دليل ثابت، وإلا فهو أقوى دليل. وفى مبانى تكمله المنهاج: الأظهر عدم الضمان خلافاً للمشهور، ثم استدلّ بما ذكره النراقى. أما السيد الاستاذ دام ظله فقد تأمّل فيما ذكر وجهاً للمشهور بل أعلّه، لكنه كالجواهر يأبى عن مخالفه المشهور.

ومن هنا قال فى (الجواهر) : إن المتجه عدم ضـمان شـىء إن لم يكن إجماعاً بناء على أن الطلاق لم يسـبب استحقاق شىء، بل هو على فرض حصوله من الفواسـخ، وكان المهر كلّه واجباً بالعقـد، وليس هو معاوضه حقيقه، ولذا يجب جميعه على الأصح فى صوره الموت، ولكن للدليل فى الطلاق سقط نصفه وبقى النصف الآخر مستحقاً بالعقد، وحينئذ، فلم يغرماه بشهادتهما شيئاً.

إلاـ أنه كـان له حبس المهر على التمكن من البضـع، وقـد فـات بالشـهاده المزبوره، وهو أمر غير متقوم، مع أنه لاـ يتم فى مـا إذا كانت شهادتهما بعد دفعه المهر لها، وإسقاط حقه من الحبس المزبور.

وهذا وجه إشكال الفاضل فى (التحرير) ، إلا أنه لم أجده قولاً لأحد من

أصحابنا، نعم، قد تشعر عباره المبسوط السابقه بوجود قائل بعدم الضمان أصلاً.

ولعلّ الإتفاق المزبور كاف فى الفتوى بضمان النصف الذى هو مستحق عليه باعترافه بالزوجيه المقتضيه وجوب النصفين عليه.

نعم، لو قلنا بأن الطلاق سبب فى غرامه مقدار نصف المهر اتجه حينئذ تغريمهما ذلك، لفرض بقاء المهر فى ذمته مستحقاً عليه باعترافه، وهذا غرامه حدثت بسبب شهاده الطلاق (۱).

وبناء على انتقاض الحكم برجوع الشاهدين، ورجوع المرأه إلى الزوج. الأوّل، فإن المتضرر بالشهاده هو الزوج الثانى، فإن كانت شهادتهما قبل دخوله فالضمان عليهما بالنصف، وإن كانت بعده فلا ضمان.

هذا إن كان للزوجه مهر مسمّى.

قال فى (الجواهر) : ولو لم يكن لها مسمّى وجب نصف المتعه بناء على وجوبها (۲).

قلت: لم يتّضح لنا معنى هذه العباره، فإن المتعه ليس لها قدر معين.

هذا كلّه لو شهدا بطلاق امرأه.

حكم ما لو شهدا بنكاح امراه ورجعا

قال فى (القواعد) و (التحرير) : ولو شهدا بنكاح امرأه فحكم به الحاكم ثم رجعا، فإن طلّقها قبل الدخول لم يغرما شيئاً، لأنهما لم يفوّتا عليها شيئاً، وإن دخل بها وكان المسمى بقدر مهر المثل أو أكثر منه ووصل إليها فلا شىء عليهما، لأنها

۱- ۱) جواهر الكلام ۴۱: ۲۳۶.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۳۶.

أخـذت عوض مـا فوّتاه عليها، وإن كان دونه، فعليهما ما بينهما، وإن لم يصل إليها فعليهما ضـمان مهر مثلها، لأنه عوض ما فوّتاه عليها (۱).

وقد تنظر فی (الجواهر) فی قوله: ولم يصل إليها فعليهما ضمان مهر مثلها (۲).

قلت: فی هذه الجمله ثلاثه أمور.

فالأوّل: إن قوله: « وإن لم يصل إليها» مطلق، أی سواء تعـذّر وصوله من الزوج أولا، وفی حاشـيه القواعـد هنا: هـذا إن تعـذر من الزوج.

والثانی: قوله: « فعليهما» أی لا ضمان على الزوج.

والثالث: قوله: « مهر مثلها» أی: لا المسمی.

فكون الضـمان على الشاهدين لا الزوج، فيه نظر، من أن المفروض استيفاء الزوج البضع، فهو أولی بالضمان منهما، ومن هنا قالوا بقرار الضـمان على المتلف فی صوره توارد الأيـدی. ومن أنه لولا شـهاده الشاهـدين وحكم الحاكم اسـتناداً إلى شـهادتهما كما تمكن الزوج من استيفاء البضع، فالتفويت مستند إليهما وهما السبب، فعليهما الضمان.

ثم إن كان الزوج جاهلاً بوقوع العقد كما لو وكلّ شخصاً فی إجراء الصيغه فشهدا عنده بوقوعه قبل أن يخبره الوكيل، فدخل بها ثم رجع الشاهـدان لم يكن لهما الرجوع على الزوج فيما غرماه للمرأه، لأنهما اللـذان غرّاه، بل قـد يقال بعـدم ضـمان الزوج لهما واقعاً.

وكون المضمون لها مهر المثل لا مهر المسمی، فيه نظر، من أن المفروض

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۵۱۲، تحرير الأحكام ۵: ۲۸۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۳۷.

إقامه الزوج الشـهاده على النكاح وهو المدّعى له، فإنه بذلك تملك الزوجه مهر المسـمى، وهو التالف، فهو المضـمون. ومن أن الشاهدين الراجعين لا يقران بمهر المسمى، بل يقران بكذبهما فى الشهاده التى ترتب عليها فوت البضع فالمستقر على الضامن هو مهر المثل لا أكثر. نعم، لو كان الزوج عالماً بالواقع ومقرّاً بالنكاح أخذ بإقراره.

هذا كلّه إذا كان المدعى للنكاح هو الرجل.

ولو كان المدعى هو المرأه، قال فى (القواعد) : فإن طلق الزوج قبل الدخول بأن قال: إن كانت زوجتى فهى طالق، ضـمنا للزوج نصف المسـمى، وإن كان الطلاق بعـد الـدخول، فإن كان المسـمى الذى شـهدا به أزيد من مهر المثل ضـمنا الزياده للزوج، ولا ضمان إن ساواه أو نقص (١).

قـال فى (الجواهر) : ولاـ يشـكل ذلك بعـدم جواز الـدخول له لانكاره الزوجيه لأنه يمكن فرض دعوى الامرأه ذلك، مع عـدم علمه بالحال، فإنه يجوز له الدخول حينئذ بحكم الحاكم، فإذا فرض رجوع الشاهدين عما شـهدا به من النكاح بمهر معلوم، ضمنا له التفاوت بينه وبين المسمى على الوجه الذى عرفت (٢).

قال فى (القواعـد) : ولو شـهدا بعتق الزوجه فحكم الحاكم ففسـخت النكاح ثم رجعا، غرما القيمه للمولى، ومهر المثل للزوج إن جعلنا البضع مضموناً وإلّا فلا.

قال: ولو شهدا برضاع محرّم بعد النكاح ففرّق الحاكم بينهما، ثم رجعا،

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٥١٢. وقوله: ولا ضمان إن ساواه. . . ليس فى القواعد، بل فى كشف اللثام ١٠: ٣٨٥.
٢- ٢) جواهر الكلام ۴١: ٢٣٧.

ضمنا مهر المثل على القول بضمان البضع، وإلا فلا (۱).

قال كاشف اللثام والجواهر: ولا فرق فى هذه الضمانات بين تعمّد الشاهدين وخطأهما (۲).

ص:۱۳۵۵

۱- ۱) قواعد الأحكام ۳: ۵۱۲. بتفاوت يسير.

۲- ۲) كشف اللثام ۱۰: ۳۸۵ ۳۸۶، جواهر الكلام ۴۱: ۲۳۷.

فروع

الفرع الأوّل: (فی ضمان الشاهدین إذا رجعا)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا رجعا معاً ضمنا بالسویه، وإن رجع أحدهما ضمن النصف. ولو ثبت بشاهد وامرأتین فرجعوا ضمن الرجل النصف وضمنت کلّ واحده الربع. ولو کان عشر نسوه مع شاهد فرجع الرجل ضمن السدس، وفیه تردد» (1).

أقول: لقد دلّت صحیحه محمد بن مسلم (2)علی أنه إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما بعد الحکم بشهادتهما واستیفاء المشهود له المال، ضمنا ما أتلفاه بشهادتهما علی المشهود علیه بالسویه، فنصف علی هذا ونصف علی ذاک، لتساویهما فی السبب المقتضی لذلک. فإن رجع أحدهما دون الآخر ضمن الراجع النصف.

ولو ثبت المشهود به بشاهد وامرأتین فرجعوا جمیعاً، ضمن الرجل النصف والمرأتان النصف الآخر، فعلی کلّ واحده الربع، لأنهما بمنزله رجل، کما هو مقتضی

ص:1356

1- 1) شرائع الإسلام 4: 144.

2- 2) وسائل الشیعه 27: 327/1. کتاب الشهادات، الباب 11.

النصـوص والفتـاوی فی المواضع المختلفه، بـل هو صـریح مـا عن التفسـیر المنسوب إلی الإمـام العسـکری علیه السـلام عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنه قال: « عند اللّه تعالی شهاده امرأتین شهاده رجل» (۱).

قال فی (القواعـد) : ولو کان بشاهد ویمین ضـمن الشاهد النصف (۲)، فقـال فی (کشف اللثام) : بناء علی ثبوت الحق بهما معاً (۳). لکن ظاهر (الجواهر) موافقه العلامه، لقوله: لأن الظاهر ثبوت الحق بهما معاً، وکذا فی (المستند) (۴).

وفیه وجهان آخران:

أحدهما: أن یکون الضمان علی الحالف لو رجع دون الشاهد، سواء رجع أو لا، لأن المشهود به یثبت بالیمین فحسب.

والثانی: أن یکون الضمان علی الشاهد لو رجع دون الحالف، لأن المثبت هو الشاهد والیمین شرط قبول الشهاده.

لکن یمکن أن یقال بالتنصیف مطلقاً، لأن حکم الحاکم مستند إلی کلیهما، فکلّ منهما جزء للسب، والسبب أقوی من المباشره.

ولو أکذب الحالف نفسه اختص بالضـمان، سواء رجع الشاهد أو لا، وکذا کلّ مقام یرجع فیه المدّعی یختص بضمان ما استوفاه، ولا غرم علی الشاهد.

قال المحقق: « ولو کان عشر نسوه مع شاهد، فرجع الرجل ضمن السدس.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۳۵/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱۶.

۲- ۲) قواعد الأحکام ۳: ۵۱۳.

۳- ۳) کشف اللثام ۱۰: ۳۸۹.

۴- ۴) مستند الشیعه ۱۸: ۴۳۴، جواهر الکلام ۴۱: ۲۳۸.

وفيه تردد» (۱).

أقول: وجه تردد المحقق هنا حيث يشهد الرجل الواحد مع عشره نسوه فی حق لا یثبت بالنساء منفردات هو: أن عدد النسوه أكثر من القدر اللّازم شرعاً، فإن كان الحكم ثابتاً بالجميع، فإن كلّ امرأتين تعادلان رجلًا، ويكون الأقساط سته أسداس، فإذا رجع الرجل كان عليه السدس، وإن كان الرجل نصف البينه، لأن المفروض توقف ثبوت الحق على شهادته معهن، كان عليه نصف الضمان وعليهن النصف الآخر. فهذا الفرض من صغريات هذا الفرع، من جهه كون الرجل فيه أحد طرفی البیّنه کما فی الرجلين والرجل والامرأتين، فهل يكون الضمان بالسويه كذلك أو لا؟

ويمكن أن يكون من صغريات الفرع الآتی المبحوث فيه عن ضمان العدد الزائد لو رجع عن الشهاده وعدم ضمانه.

لكن مقتضى ما سنذكره فی الفرع الآتی هو ثبوت الحكم بالجميع، فأما أصل الضمان بالرجوع فثابت، وأما مقداره فكلّ بقسطه، وعليه، فإذا رجع الرجل ضمن السدس لا النصف، وكان على كلّ واحده من النسوه إذا رجعت نصف السدس لا نصف العشر.

وربما يحتمل بناء على ما هو الصحيح من ثبوت الحق بالجميع كما ستعرف أن يكون كلّ فرد سبباً مستقلاً للثبوت، فيكون على الرجل إذا رجع الواحد من الأحد عشر قسطاً.

ص:۱۳۵۸

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۴.

ولكن هـذا الإحتمال لم يذكره أحد، وتظهر ثمرته فيما لو اشترك رجل وامرأتان فى قتل، فهل على كلّ منهما ثلث الديه أو على الرجل النصف وعلى كلّ واحده الربع؟ وكذا فيما لو اشترك رجلان فى قتل، فضرب أحدهما ضربتين والآخر ضربه واحده، فهل تقسم الديه أثلاثاً أو نصفين؟

ص:۱۳۵۹

الفرع الثانی: (فی حکم الضمان لو کانوا ثلاثه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو کان الشهود ثلاثه ضمن کل واحد منهم الثلث ولو رجع واحداً منفرداً. وربما خطر أنه لا یضمن، لأن فی الباقین ثبوت الحق ولا یضمن الشاهد ما یحکم به بشهاده غیره للمشهود له، والأوّل اختیار الشیخ (۱). وکذا لو شهد رجل وعشر نسوه، فرجع ثمان منهن قیل: کان علی کلّ واحده نصف السدس، لاشتراکهم فی نقل المال، والإشکال فیه کما فی الأوّل» (۲).

أقول: قد أشرنا إلی أن الصحیح اشتراک جمیع الشهود حتی الزائد منهم فی الحکم وثبوت الحق، لاشتراک کلّ واحد منهم فی السببیه له، والسبب أقوی من المباشر، وهذا هو مفاد صحیحه محمد بن مسلم، الذی جاء فیه « یؤدی من المال الذی شهد علیه بقدر ما ذهب من ماله، إن کان النصف أو الثلث، ان کان شهد هذا وآخر معه» (۳).

وعلیه، فلو کان الشهود فی المال ثلاثه مثلًا، ضمن کلّ واحد منهم الثلث، ولو رجع الثالث الزائد منفرداً، وفاقاً للشیخ (۴)وابن سعید (۵)و (الجواهر) ، بل فیه:

۱- ۱) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۸: ۲۴۸.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۴.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۷: ۳۲۷/۱. کتاب الشهادات، الباب ۱۱.

۴- ۴) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۸: ۲۴۸.

۵- ۵) الجامع للشرائع: ۵۴۶.

لم نعرف قائل منّا بما خطر فى بال المصنف، كما أنا لم نعرف له وجهاً إلا ما ذكره (1).

وفيه: ما عرفت من صدق الثبوت بالجميع، وللصحيح السابق. وهذا هو الوجه فى القول بضمان كلّ واحده من الثمان نسوه الراجعات لنصف السدس. . . وأنه لا وجه للإشكال فيه.

ص:1361

1- 1) جواهر الكلام 41: 240.

الفرع الثالث: (لو قامت بينه بجرح الشهود ونقض الحكم فمن الضامن؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو حكم فقامت البينه بالجرح مطلقه لم ينقض الحكم، لاحتمال التجدد بعد الحكم، ولو تعين الوقت وهو متقدم على الشهاده نقض، ولو كان بعد الشهاده وقبل الحكم لم ينقض» (۱).

أقول: هذا الفرع يشتمل على مطالب.

فالمطلب الأوّل يتعلّق بالنقض وعدمه:

وذلك، لأنه لو حكم الحاكم ببينه، فقامت بينه بجرح تلك البينه، فالبينه الجارحه إما هى مطلقه غير معينه للجرح بوقت، وإما هى معينه له، وعلى الثانى، فإمّا يكون وقت الجرح متقدماً على الشهاده، وإما يكون وقته بعد الشهاده وقبل الحكم، فهذه ثلاث صور.

أمّا فى الصوره الاولى، حيث الجرح غير معين الوقت، فالحكم عدم نقض الحكم، قال المحقق: لاحتمال تجدد الفسق بعد الحكم.

وقد استدل له فى (الجواهر) بموافقه الحكم لأصل الصحه واستصحابها (۲).

لكن فى هذا الاستدلال نظر ذكرناه سابقاً، نعم، لا مانع من استصحاب

ص:۱۳۶۲

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۴.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۱: ۲۴۰.

عـداله الشاهد المتيقنه سابقاً حتى حال الحكم، وقد ذكرنا أن ظاهر آيه النبأ وجوب التبين من نبأ الفاسق فى حين المجئ بالنبأ، أو يجرى أصاله الصحه فى يقين الحاكم فى حين الحكم.

لكن الأولى مع ذلك هو الاستدلال لعدم النقض بأدلّه نفوذ حكم الحاكم، فإنها تقتضى حرمه النقض حتى يحصل العلم بمخالفه الحكم للموازين، والمفروض عدم العلم هنا بكون الشاهد فاسقاً حين الحكم.

وأمّا فى الصوره الثانيه، حيث وقت الفسق متقدم على الشهاده، فالحكم نقض الحكم بذلك، لتبين اختلال موازينه.

وأمّـا فى الصـوره الثـالثه، حيث وقت الفسـق متـأخر عن الشـهاده، فـالحكم عـدم نقض الحكم، لأـن اللاـزم هو العـداله حين أداء الشـهاده. والفسق بعـده غير مضـر بـالحكم وإن كـان قبله. وإذ لم يمنع الحكم فى هـذه الحـال فلاـ يوجب انتقاضه إن كان بعـده بالأولويه. . . خلافاً لجماعه قالوا باشتراط بقائه على العداله حتى حين الحكم وبعده. . . وقد تقدم الكلام على ذلك فى محلّه.

والمطلب الثانى يتعلق بالضمان حيث ينقض بالحكم، قال المحقق:

« وإذا نقض الحكم، فـإن كـان قتلاًـ أو جرحاً فلا قود، والـديه فى بيت المال، ولو كان المباشـر للقصاص هو الولى، ففى ضـمانه تردد، والأشبه أنه لا يضمن مع حكم الحاكم وإذنه، ولو قتل بعد الحكم وقبل الأذن ضمن الديه» (۱).

أقول: إذا نقض الحكم، فتاره يكون المحكوم به حدّاً أو قصاصاً وأخرى: يكون مالاً.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۴ - ۱۴۵.

فإن كان حدّاً من قتل أو جرح وباشره الحاكم أو من أمره بها فلا قود، بل يثبت للمحدود الديه، لأنه حينئذ قد قتل بلا مجوز فلا يبطل دمه، لكنها ليست على الحاكم أو من أمره، بل فى بيت مال المسلمين، للنص المروى عندنا، قال أمير المؤمنين عليه السلام فى خبر الأصبغ: « إن ما أخطأت القضاه من دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين» (۱)والمراد من « القضاه» فيه هو « القضاه العدول» . فإنه إذا قضى القاضى العدل حسب الموازين ثم ظهر الخطأ فى حكمه، كان خطؤه فى الحكم فى بيت مال المسلمين المعدّ للمصالح التى لا ريب فى أن ذلك منها، وإلا لأدّى إلى ترك الحكم بالشهاده تحرزاً عن ضرر الدرك.

وإن كان قصاصاً وباشره ولى الدم، فقد تردد المحقق رحمه اللّه فى ضمانه، ثم رجح التفصيل بين ما إذا كانت مباشرته مع حكم الحاكم وإذنه فلا ضمان، وبين ما إذا كان مع الحكم وقبل الإذن ضمن الديه. . . وحاصله عدم القود كذلك، لأنه قتل خطأ.

ووجه تردد المحقق هو: كون الولى هو المباشر من جهه، وكون السبب فى قتله هو حكم الحاكم، وأقوى من المباشره.

وفى (المسالك) : « لو باشر القتل بعد الحكم وقبل إذن الحاكم له فى الاستيفاء تعلّق به الضمان، لتوقف جواز استيفائه على إذن الحاكم وإن كان أصل الحق فى ذلك له. ويحتمل عدم الضمان هنا أيضاً، وإن أثم، لأن حكم الحاكم بثبوت الحق اقتضى كونه المستحق، وإن أثم بالمبادره بدون إذن الحاكم» (۲).

---

۱ - ۱) وسائل الشيعه ۲۷/۲۲۶ الباب ۱۰ من أبواب آداب القاضى، رواه الصدوق والشيخ بإسنادهما إلى الأصبغ. ويلاحظ إسنادهما إليه.

۲- ۲) مسالك الأفهام ۱۴: ۳۱۳.

أقول: هنا بحثان:

فالأوّل: هل يعتبر إذن الحاكم فى الاستيفاء أو لا يعتبر؟

لقد قال المحقق فى كتاب القصاص: « إذا كان الولىّ واحداً جاز له المبادره، والأولى توقفه على إذن الإمام» (۱).

وهـذا وإن كـان لاـ يخلو من تشويش، لأـن « الأولى» لا يجتمع مع توقفه على الإذن، ولعلّه من هنا أضاف فى (الجواهر) الأحوط إلى « الأـولى» (۲)ينـافى مـا ذكره هنـا، لأـنه إذا كـانت المباشـره جائزه بلا إذن فلا وجه للضـمان، وإلا فالضـمان، فبين الكلامين تهافت.

اللهم إلاـ أن يكون القول بعـدم جواز القصـاص بلاـ إذن، من جهه كون القصـاص من الحـدود، وهى لا تقام إلا بيـد الحاكم أو باذنه، ولكن إذا كان كذلك، فلم يقال بجواز المبادره بلا إذن؟

وهنا أشكل (الجواهر) بعدم ما يدلّ على اعتبار الإذن فى الإستيفاء بعد الحكم، قال: بل لعلّ ظاهر الأدلّه كتاباً أى: كقوله تعالى: «وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً» (۳)ونحوه وسنهً عدمه، وقياس القصاص على الحد أو دعوى أنه منه كما ترى (۴).

ص:۱۳۶۵

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۲۲۸.

۲- ۲) جواهر الكلام ۴۲: ۲۸۸.

۳- ۳) سوره الاسراء ۱۷: ۳۳.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴۱: ۲۴۲.

والبحث الثانی: إنه قد تقرر کون الضمان علی السبب لکونه أقوی من المباشر، فمن السبب فی هذه المسأله؟

قد أشکل (الجواهر) علی المحقق بأن اعتبار الإذن وعدم اعتباره لا مدخلیه له فی أقوائیه المباشره علی التسبیب، بل لو سلّم تساویهما کان الضمان علی المباشر، لأنه هو القاتل حقیقه، ولعلّه لذا یحکی عن قول العامه بأن علی الولی الدیه وإن کان مأذوناً، بل هو ظاهر إطلاق تردد المصنف أیضاً، وإن اختار التفصیل بعده، قال: وهو لا یخلو من قوه إن لم یکن إجماعاً (۱).

قلت: لکن یرد علی (الجواهر) أنه قال بضمان الشهود إذا رجعوا، لکونهم السبب، وهو أقوی من المباشر، فلماذا لم یقل هنا بضمان الحاکم بناء علی ذلک؟

والشیخ رحمه اللّه ذکر التفصیل کالمحقق، لأن القصاص کالحدّ یجب إجراؤه بید الحاکم، وإن کان من حقوق الناس، دفعاً للهرج والمرج واختلال النظام، فلو أراد الولی المباشره توقف علی إذن الحاکم، ولو کان بدونه کان ضامناً.

فتحصل: إن التفصیل یتوقف علی وجود الدلیل علی اعتبار الإذن، وکون المباشره أقوی من التسبیب.

هذا کلّه إن کان المحکوم به حدّاً أو قصاصاً. قال المحقق:

« وأما لو کان مالاً، فإنه یستعاد إن کانت العین باقیه، وإن کانت تالفه فعلی المشهود له، لأنه ضمن بالقبض، بخلاف القصاص. ولو کان معسراً قال الشیخ ضمن الإمام، ویرجع به علی المحکوم له إذا أیسر (۲). وفیه إشکال من حیث استقرار الضمان علی المحکوم له بتلف المال فی یده، فلا وجه لضمان الحاکم» (۳).

أقول: هذا هو المطلب الثالث، فإنه لو کان المحکوم به مالاً بأن قامت بیّنه

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۴۲.

۲- ۲) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۸: ۲۵۰.

۳- ۳) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۵.

على كون المال الذى بيد زيد هو لعمرو فحكم الحاكم، ثم قامت بيّنه أخرى على جرح الأولى نقض الحكم. فإن كانت عين المال باقيه استردّت وإن كانت تالفه ضمن المشهود له، قال المحقق: « لأنه ضمن بالقبض» أی: إنه ضمان يد، وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدى، وأما بالنسبه إلى النفس فهو ضمان الإتلاف.

قال فی (الجواهر) : إن قوله: ضمن بالقبض إشاره إلى ما يحكى عن الشيخ من الفرق بينه وبين الديه، بأن الحكم إن كان بالمال حصل فی يد المشهود له ما يضمن باليد، وضمان الإتلاف ليس بضمان اليد، فلهذا كان الضمان على الإمام لكنّه كما ترى إذ الإتلاف وإن لم يكن ضمان يد لكنه ضمان لمباشره الاتلاف المندرج فی قاعده من أتلف، ومن قتل مؤمناً خطأ، وغير ذلك (1).

قلت: هكذا قالوا، لكن يمكن التفريق بين التغرير وعدمه، فإنه حيث يكون التغرير يرجع المغرور على من غرّه، وإن كان الشیء تالفاً بيده.

فإن كان المحكوم عليه بالضمان معسراً، قال الشيخ: ضمن الإمام، ويرجع به على المحكوم له إذا أيسر، لأن الحاكم قد تسبب إلى إتلاف المال.

وفيه: إنه لا وجه لضمان الحاكم، بل المتجه إنظار الضامن، لعموم قوله تعالى: «فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» (2)للمقام.

ص:١٣٦٧

١- ١) جواهر الكلام ۴۱: ۲۴۲.

٢- ٢) سوره البقره ۲: ۲۸۰.

مسائل:

المسأله الاولی: (فی تخالف البینتین علی من أعتق)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا شهد اثنان أن المیت أعتق أحد ممالیکه وقیمته الثلث، وشهد آخران أو الورثه أن العتق لغیره وقیمته الثلث. . .» (۱).

أقول: إذا شهد اثنان أن المیت أعتق غانماً وقیمته تساوی ثلث ماله، وشهد اثنان آخران أو ورثه المیت جمیعهم بأنه أعتق سالماً وقیمته تساوی ثلث ماله کذلک، فعلی القول بأن المنجزات من الأصل عتق العبدان کلاهما، لقیام البینه الکامله علی عتق کلّ واحد منهما، بلا خلاف ولا اشکال، وعلی القول بأن المنجزات تخرج من الثلث، فالمعتق أحد العبدین دون الآخر إلا إذا أذن الورثه.

وحینئذ، فإن عرف السابق منهما کان هو المعتق، وإن جهل تاریخهما أو علم تاریخ أحدهما وجهل الآخر ولم نرجع إلی الاستصحاب لإثبات تأخر مجهول التاریخ عن معلومه لکونه أصلاً مثبتاً کان المرجع هو القرعه وإن احتمل التقارن بین العتقین، وذلک، لأنه لو اتفق عتقهما فی حاله واحده، قال الشیخ: یقرع بینهما

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۵.

ويعتق المقروع (١)، فالمحتمل أولى بذلك.

والدليل على هذا الحكم هو المرسل المعمول به فى فعل النبى صلّى اللّه عليه وآله وسلّم بالعبيد الذين أعتقهم الأنصارى ولا يملك سواهم (٢)، فهو حكم تعبدى خاص بمورده، ولذا لو عقد على أُختين فى وقت واحد، يحكم ببطلان كليهما ولا يرجع إلى القرعه.

وفى (المسالك) : ولو علم سبق أحدهما ولم يعلم عين السابق فوجهان، أحدهما: إنه يقرع كما لو اُعتقهما معاً، لأن معرفه السبق من غير معرفه السابق لا تنفع شيئاً، والثانى: إنه يعتق من كلّ واحد نصفه، لأنا لو أقرعنا لم نأمن خروج الرق على السابق وللسابق حق الحريه، فيلزم منه إرقاق حرّ وتحرير رق (٣).

واعترضه فى (الجواهر) بقوله: وهو من غرائب الكلام، ضروره جريانه فى كثير من موارد القرعه، التى استفاضت بها النصوص المصرحه بعدم خطأها، لو فوّض القارع فيها الأمر إلى اللّه تعالى الذى لا يخفى عليه خافيه، ولذا لم يحتمله أحد من أصحابنا، نعم، هو أحد قولى الشافعى كما حكاه الرافعى (۴).

قلت: بل احتمال التنصيف يخالف الواقع قطعاً، لأنه قد أعتق أحد العبدين بكامله، فالتنصيف مقطوع البطلان، أما مع القرعه فبغض النظر عن جواب

١- ١) المبسوط فى فقه الإماميّه ٨: ٢۵٣.

٢- ٢) مسند أحمد ۴: ۴٢۶.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١۴: ٣١۵.

۴- ۴) جواهر الكلام ۴١: ٢۴۴.

(الجواهر) يكون اللازم الذى ذكره محتملاً.

هذا كلّه فيما لو كان كلّ منهما يساوى ثلث ما ترك الميت.

قال المحقق: « ولو اختلفت قيمتهما. . .» (۱).

أقول: ذكر الشهيد الثانى هذا بقوله: ويتفرع على القولين ما لو قامت البينتان كذلك، لكن لأحد العبدين سدس المال، فإن قلنا بالقرعه وخرجت للعبد الخسيس عتق وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث، وإن خرجت للنفيس، انحصر العتق فيه، وإن قلنا هناك يعتق من كلّ واحد نصفه فهنا وجهان:

أحدهما: إنه يعتق من كلّ واحد ثلثاه، لأن ما زاد على الثلث من المتبرع ينسب إلى جميع التبرع، وينقص بتلك النسبه من كلّ واحد منهم، وإذا نسبنا الزائد على الثلث وهو السدس هنا إلى جميع التبرع وهو النصف كان ثلثه، فيردّ العتق فى ثلث كلّ واحد منهما وينفذ ثلثيه (۲).

قال فى (الجواهر) : وبعباره أخرى: إنه كما لو أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بسدسه، فإنه يعطى كلّ واحد ثلثى ما أوصى له به، وذلك لأن نسبه السدس مع الثلث ثلثان وثلث، فيقسم الثلث حينئذ بينهما، ثلثان منه لمن أوصى له بالثلث، وثلث منه لمن أوصى له بالسدس، لأن النقص الحاصل عليه على نسبه مالهما من الوصيه، كما هو واضح.

والثانى: إنه يعتق من النفيس ثلاثه أرباع، ومن الخسيس نصفه، لأنه إن سبق إعتاق النفيس فجميعه حرّ، وإن سبق إعتاق الآخر فنصفه على التقديرين، وإنما النزاع والإزدحام فى النصف الثانى، وهو قدر ثلث المال، فيقسم بينهما، فيعتق من النفيس ربعه ومن الخسيس نصفه (۳).

ص:۱۳۷۰

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۵.
۲- ۲) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۱۶.
۳- ۳) جواهر الكلام ۴۱: ۲۴۵.

ثم قال فی (المسالک) : ونبّه المصنف بقوله: « وشهد آخران أو الورثه أن العتق لغيره» إنه لا فرق هنا بين شهاده الوارث وغيره، إذ لا ـ تهمه للوارث تمنع شهادته هنا، وإن كانت وارده فی غيره هذه الصوره كما سيأتی فی ما لو شهدوا بالرجوع عن الأوّل. ويزيد الورثه عن الأجانب أنه لا يشترط هنا كونهم عدولاً، لأن شهادتهم بعتق الثانی مع عدم تعرضهم للأوّل بمنزله الإقرار بعتقه مضافاً إلی ما ثبت بالبينه. نعم، يشترط كون الشاهد جميع الورثه كما يرشد إليه قول المصنف « أو الورثه» . وقال فی المسأله الثانيه: وشهد من ورثته عدلان، ولو كانوا عدولاً كفی منهم اثنان كالأجانب (١).

ويرد علی قوله: « وإن كانت وارده. . .» كما فی (الجواهر) إنه لا ـ تهمه فی المسألتين (٢)، لأنه إذا شهد الوارث بالرجوع عن الأوّل لا يقول ببقاء الموصی به علی ملک الميت حتی ينتقل إلی الوارث فيكون متهماً فی شهادته، بل يشهد برجوعه عن الأوّل إلی الثانی، فلا يجرّ بشهادته نفعاً إلی نفسه ليكون متهماً.

وأما اشتراط شهاده جميع الورثه، فظاهر الوجه، لأنه إذا شهد بعضهم، فقد أقرّ بانعتاق العبد بقدر سهمه، وحينئذ، يقرع بين هذا المقدار وكلّ العبد الآخر، فإذا شهد جميعهم فقد أقرّوا كلّهم بعتق العبد كلّه.

وأما اشتراط كون الشاهدين من الورثه عدلين فی المسأله الثانيه، فظاهر الوجه كذلک، لأن شهادتهما بالرجوع سواء كانت بعد دعوی الموصی له ذلک أو لا - ليست بمنزله الإقرار، فيعتبر فيهما العداله.

١- ١) مسالک الأفهام ١۴: ٣١۶ - ٣١٧.

٢- ٢) جواهر الكلام ۴١: ٢۴۶.

وأما قول (الجواهر) : لكن إشكال المصنف فى الثانيه يأتى هنا ضروره كون الورثه هم المدعى عليهم فى المسألتين.

ففيه: إن المدعى عليه هو الموصى له الأوّل، والمدعى هو الموصى له الثانى، والوارثان شاهدان، فليس الورثه المدعى عليهم فى المسأله الثانيه.

ص:۱۳۷۲

المسأله الثانیه: (فی ما لو شهدا بالوصیه لزید وشهد وارثان بالرجوع إلی عمرو)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا شهد شاهدان بالوصیه لزید، وشهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلک وأوصی لخالد، قال الشیخ: تقبل شهاده الرجوع، لأنهما لا یجرّان نفعاً (۱). وفیه إشکال، من حیث أن المال یؤخذ من یدهما، فهما غریما المدّعی» (۲).

أقول: یقول المحقق قدّس سرّه: بأن المال یؤخذ من ید الورثه علی کلّ حال، وإذ کانوا غرماء، فإن الغریم لا یصلح للشهاده مطلقاً، نعم، لو شهد الغارم للغریم قبل لأنه إقرار.

فالوارثان فی هذه المسأله غریمان بخلاف المسأله السابقه، فقد قامت البینه فیها علی أن المیت أعتق غانماً، وشهد الورثه بأنه قد أعتق سالماً، فإنه یمکن صحه کلتا الشهادتین، إذ لا مانع من عتق المیت لکلا العبدین، غیر أن الحکم الشرعی لم ینفذ فی الأکثر من الثلث، فإن علم السابق منهما فهو المعتق وإلا فالقرعه عند الشیخ والتنصیف علی القول الآخر (۳)، فلا غرم فی المسأله السابقه بخلاف هذه المسأله،

۱- ۱) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۸: ۲۵۱ - ۲۵۲.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۵.

۳- ۳) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۸: ۲۵۳.

فإشكال (الجواهر) غير وارد.

ويمكن دفع إشكال المحقق على الشيخ: بأن اليد إن كانت مالكيه، بمعنى دعوى صاحبها كون ما بيده ملكاً له، كان المدعى غارماً، وإن كانت أمانيه، فإن صاحبها يعترف بعدم كون ما بيده ملكاً له. . . وما نحن فيه من القسم الثانى، لأن الورثه يقرّون بأن ليس لهم أكثر من الثلثين، فإن ثبت الرجوع أعطوا المال إلى الثانى وإلا فالأوّل، وحينئذ فليس شهادتهم فى القضيه شهاده الغريم.

وبعباره أخرى: إن الموصى له الثانى والورثه يعترفون بالوصيه للأوّل، غير أن الثانى يدّعى الرجوع فهو المدّعى والأوّل ينكره فهو المدّعى عليه، فإذا شهد الورثه للثانى وهم عدول، قبلت شهادتهم لوجود المقتضى وعدم المانع.

ولو كذّب الوارثان الشاهدين، فإن كانا عدلين وقع التعارض بين البينتين، وإن كانا فاسقين رتب الأثر على شهاده الشاهدين.

ولو قالا: لا نعلم، فقيل: بالقرعه، لكن الأقوى ترتيب الأثر على قول الشاهدين.

ص:۱۳۷۴

المسأله الثالثه: (فی ما لو شهدا لزید بالوصیه وشهد واحد بالرجوع إلی عمرو فهل له الحلف معه؟)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا شهد شاهدان لزید بالوصیه، وشهد شاهد بالرجوع وأنه أوصی لعمرو، کان لعمرو أن یحلف مع شاهده، لأنها شهاده منفرده لا تعارض الاولی» (۱).

أقول: لا کلام فی هذه المسأله، وإنما عنونها المحقق لبیان أن ما تقرّر من أن الشاهد والیمین لا یعارض البینه هو فی صوره اتحاد المشهود به، أما هنا، فهی شهاده منفرده لا ـ تعارض الشهاده الاولی، فتقبل کذلک کما هو الحال فی سائر موارد الشهاده فی الأموال.

۱- ۱) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۶.

المسأله الرابعه: (فی ما لو أوصی بوصیتین منفردتین)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو أوصی بوصیتین منفردتین، فشهد آخران إنه رجع عن احداهما، قال الشیخ: لا یقبل، لعدم التعیین، فهی کما لو شهدت بدار لزید أو عمرو» (۱)(۲).

أقول: قال فی (المسالک) : وجه ما اختاره الشیخ من البطلان: إن الإبهام یمنع قبول الشهاده. . . ونسب الحکم إلی الشیخ مؤذناً بعدم ترجیحه.

ووراء قول الشیخ وجهان آخران:

أحدهما: القرعه لأنه أمر مشکل، والمستحق فی نفس الأمر أحدهما، ونسبتهما إلیه علی السواء، وقد تعذر علمه بموت الموصی، وکلّ أمر مشکل فیه القرعه.

والثانی: القسمه بینهما، لأنه مال قد انحصر فیهما، ونسبتهما إلیه علی السواء فیقسم بینهما، ویجعل کأنه ردّ وصیه کلّ واحد إلی نصفها، والقرعه لا یخلو من قوه (۳).

ص:۱۳۷۶

۱- ۱) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۸: ۲۵۳.

۲- ۲) شرائع الإسلام ۴: ۱۴۶.

۳- ۳) مسالک الأفهام ۱۴: ۳۱۹.

ووافقه صاحب (الجواهر) (۱).

قلت: إذا کان إطلاق دلیل حجیه البینه موجباً لحجیه البیّنه المردّده لزم قبول الشهاده بالرجوع.

أما التقسیم فلم یحتمله الشیخ، بل قال: « وعندنا یقرع بین الأولین» (۲)وحینئذ، یرجع إلی القرعه لمعرفه أیهما المستحق إن قلنا بحجیه البینه المردده، ولمعرفه السابق من الوصیتین إن قلنا بعدم حجیتها.

وهنا احتمال آخر، وهو بطلان الوصیتین معاً، لأن القرعه یرجع إلیها حیث یکون عدم الإقتران معلوماً، وأما مع الإقتران فکلاهما باطل.

هذا، ولو أجاز الورثه کلتا الوصیتین نفذتا معاً، کما هو واضح.

۱- ۱) جواهر الکلام ۴۱: ۲۴۸.

۲- ۲) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۸: ۲۵۳.

المسأله الخامسه: (فی ما إذا ادعی العبد العتق وأقام البینه)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا ادعی العبد العتق وأقام بیّنه تفتقر إلی البحث وسأل التفریق حتی تثبت التزکیه. قال فی المبسوط: یفرق.

وکذا لو أقام مدعی المال شاهداً واحداً، وادعی أن له آخر وسأل حبس الغریم، لأنه متمکن من إثبات حقه بالیمین.

وفی الکلّ إشکال، لأنه تعجیل العقوبه قبل ثبوت الدعوی» (1).

أقول: قال الشیخ: « إذا ادعی عبد علی سیده أنه أعتقه فأنکر، فأتی العبد بشاهدین فشهدا له عند الحاکم بذلک ولم یعرف الحاکم عدالتهما، فقال له العبد: فرق بیننا حتی نبحث عن العداله، قال قوم: یفرّق بینهما وقال آخرون: لا یفرق، والأول أقوی، لأن العبد قد فعل ما یجب علیه، لأنه أتی ببینه کامله، وإنما بقی ما لیس علیه من البحث عن حال الشهود، ولأن الظاهر العداله حتی یظهر الجرح، ولأن المدعی قد یکون أمه، فإذا لم یفرق بینهما لم یؤمن أن یواقعها، فلهذا یفرق بینهما. . .» (2).

أقول: قد ذکر الشیخ لما ذهب إلیه دلیلین:

ص:1378

1- 1) شرائع الإسلام 4: 146.

2- 2) المبسوط فی فقه الإمامیّه 8: 254.

أحدهما: أصاله العداله فى المسلم. وهذا فيه بحث وخلاف.

والآخر: إن العبد أتى ببينه كامله.

وفيه: إن المفروض عدم ثبوت عداله الشاهدين عند الحاكم، والشيخ نفسه قال بعدم الحكم فى زمن الفحص عن العداله.

وكذا الكلام فى الأمه المدعيه للعتق، وفى الفرع الثانى الذى ذكره المحقق.

والحاصل: إنه ما لم يتم ميزان الحكم ولم يحكم الحاكم، لا يترتب على سؤال العبد والمدعى شىء، ولا أقل من اقتضاء الإستصحاب بقاء العبد على ملك مولاه، وبقاء المال المدّعى به على ملك مالكه.

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم
هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مرکز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.
وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام
تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة
تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات
توسیع عام لفکرة المطالعة
تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:
مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الکتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـۀ الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدۀ فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقۀ الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.


مركز
القائمیة
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹